Die nicht gleichzeitig ausgesprochene Gesamtstrafe.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Wilhelm Eser

aus Güttingen

Referendar am Amtsgericht zu Nürnberg.

Approbiert am 14. November 1930.

Kallmünz
Buchdruckerei von Michael Laßleben
1930

31:65

Die nicht gleichzeitig ausgesprochene Gesamtstrafe.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Wilhelm Eser

aus Güttingen

Referendar am Amtsgericht zu Nürnberg.

Approbiert am 14. November 1930.

Kallmünz
Buchdruckerei von Michael Laßleben
1930

Referent: Univ.-Professor Dr. August Köhler.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Literaturverzeichnis.

A) Lehrbücher, Kommentare und Abhandlungen.

Allfeld = Allfeld, Dr. Philipp; Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 8. Auflage, Leipzig 1922 mit Nachtrag von 1928.

Beling = Beling, Dr. Ernst; Grundzüge des Strafrechts, Tübingen 1925.

Beling = Beling, Dr. Ernst; Deutsches Reichsstrafprozeßrecht, Berlin und Leipzig 1928.

Berner = Berner, A. Fr.; Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Leipzig 1898.

Binding = Binding, Dr. Karl; Handbuch des Strafrechts, Leipzig 1885.

Binding Grdr. = Binding, Dr. Karl; Grundriß des Strafrechts, allgemeiner Teil, Leipzig 1902.

v. Buri = v. Buri, Dr. M.; Beiträge zur Theorie des Strafrechts und zum Strafgesetzbuch, Leipzig 1894.

van Calker = van Calker, Fritz; Strafrecht, München-Berlin 1924.

Ebermayer = Dr. Ebermayer-Dr. Lobe-Dr. Rosenberg; Reichsstrafgesetzbuch, Berlin und Leipzig 1929.

Eckstein in G.A. = Eckstein, Dr. Ernst; Die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte bei der Gesamtstrafe, in Goltdammer Archiv Band 60 Seite 220 ff.

Finger = Finger, Dr. August; Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Berlin 1904.

Frank = Frank, Dr Reinhard; Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, Tübingen 1927.

Harseim in G.S. = Harseim, Zu § 79 des Reichsstrafgesetzbuchs, in Gerichtssaal, 27. Jahrgang, Seite 466 ff.

H. H. = Holtzendorff, Handbuch des deutschen Strafrechts, Berlin 1871/77.

Höpfner = Höpfner, Dr. Wilh.; Einheit und Mehrheit der Verbrechen, Berlin 1901.

Jakoby in G.A. = Jakoby, Dr.; Kollektivdelikt, fortgesetzte Straftat und nachträgliche Gesamtstrafenbildung, in Goltdammer Archiv Band 62 Seite 19 ff.

Katz in G.S. = Katz, Dr. Edwin; Das Verhältnis der Einzelstrafe zur Gesamtstrafe, in Gerichtssaal 36. Jahrgang Seite 576 ff.

Kluckhohn in G.S. = Kluckhohn, Dr. Wilh.; Kollision von Gesetzesbestimmungen bei der Berechnung der Gesamtstrafe, in Gerichtssaal Band 84 Seite 460 ff.

Kluhs in G.S. = Kluhs, Die Dauer der während der Verbüßung einer Einzelstrafe eintretenden Gesamtstrafe, in Gerichtssal Band 67 Seite 324 ff.

Köhler in G.S. = Köhler, Dr. August; Die Dauer der während einer Stravferbüßung eintretenden Gesamtstrafe, in Gerichtssaal Band 65 Seite 33 ff.

Köhler = Köhler, Dr. August; Deutsches Strafrecht, Leipzig 1917.

Koppmann = v. Koppmann, C. L.; Kommentar zur Militärstrafgerichtsordnung für das Deutsche Reich, München 1901.

Liszt-Schmidt = v. Liszt, Dr. Franz - Dr. Schmidt; Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Berlin-Leipzig 1927.

Löwe-Rosenberg = Löwe, Dr. E., neubearbeitet von W. Rosenberg, Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich, Kommentar, Berlin und Leipzig 1929.

May = May, Dr. Richard; Die nachträgliche Bildung von Gesamtstrafen, in Goltdammers Archiv Band 57 Seite 151 ff. und Seite 321 ff.

Merkel Lhrb. = Merkel, Dr. Adolf; Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Stuttgart 1889.

Merkel-Liepmann = Merkel A.-Liepmann; Die Lehre von Verbrechen und Strafe, Stuttgart 1912.

Motive = Motive zum Strafgesetzbuch für den Nordd. Bund, in: Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstags, 3. Band, Berlin 1870, Seite 59 ff.

Olshausen = Olshausen, Dr. Justus; Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 11. Auflage, Berlin 1927.

Olshausen Einfluß = Olshausen, Dr. Justus; Der Einfluß von Vorbestrafungen auf später zur Aburteilung kommende Straftaten, Berlin 1876.

Oppenh.-Del. = Dr. Oppenhoff-Delius; Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, Berlin 1901.

Ortloff in G.S. = Ortloff, Dr.; Zur Auslegung des Schlußsatzes des § 57 R.Str.G.B., in Gerichtssaal Jahrgang 26 Seite 62 ff.

Pinoff = Pinoff, F.; Die Rechtsprechung des Reichsgerichts zur Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich, Berlin 1907.

Reiffel in G.S. = Reiffel, Zur Lehre von den Gesamtstrafen, in Gerichtssaal Jahrgang 37 Seite 470 ff. und Jahrgang 40 Seite 217 ff.

Riß in D.J.Z. = Riß; Die Praxis bei Herbeiführung von Gesamtstrafen, in: Deutsche Juristenzeitung Band 3, Jahrgang 1898 Seite 488.

Rosenblatt = Rosenblatt, Dr. J.; Die Strafenkonkurrenz, Teschen 1879.

Rüdorff-Stengl. = Rüdorff, Dr. Hans; herausgegeben von M. Stenglein; Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich mit Kommentar, Berlin und Leipzig 1881.

Schäfer Entwürfe = Schäfer, Dr. Leopold; Deutsche Strafgesetzentwürfe von 1909 bis 1927, Mannh., Berlin, Leipzig 1927.

Rich. Schmidt = Schmidt Richard; Grundriß des deutschen Strafrechts, Leipzig 1925.

Schütze in Z.Str.W. = Schütze; Die Konkurrenz strafbarer Handlungen als Gesetzgebungsfrage, in Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft Band 3 Seite 48.

Schwarze = v. Schwarze; Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, Leipzig 1884.

Schwartz = Schwartz, Dr. Ernst; Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich mit Kommentar, Berlin 1914.

Stenglein = Stenglein, Dr. M.; Kommentar zur Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich, München 1898.

Teichmann in G.S. = Teichmann A.; Zur Lehre von der Strafenkonkurrenz, in Gerichtssaal 32. Jahrgang Seite 401 ff.

Weigel = Weigel, Dr. G.; Militärstrafgerichtsordnung vom 1. Dezember 1898, München 1899.

Zeiler in Z.Str.W. = Zeiler A.; Zur Frage der Gesamtstrafenbildung, in Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft Band 33 Seite 669 ff.

B. Zeitschriften.

G. S. = Gerichtssaal, Zeitschrift für Strafrecht und Strafprozeß.
G. A. = Goltdammers Archiv für Strafrecht.
Recht = Das Recht.
D. J. Z. = Deutsche Juristenzeitung.
Deutsche Strafrechtszeitung.
J. W. = Juristische Wochenschrift.
Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht.
Stenglein, Zeitschr. = Stenglein, Zeitschrift für Gerichtspraxis und Rechtswissenschaft.
Z. Str. W. = Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.
Bay. Zeitschr. = Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern.

C. Entscheidungssammlungen.

Annalen RG. = Annalen des Reichsgerichts.
E. = Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
Rechtspr. = Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen.
RM.G. = Entscheidungen des Reichsmilitärgerichts.
OLG. München = Entscheidungen des kl. Oberlandesgerichts München.
Bay. Ob. L. G. = Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in München.
Oppenh. Rechtspr. = Oppenhoff, Rechtsprechung des Obertribunals in Strafsachen.

D. Gesetze und Verordnungen.

Str. G. B. = Reichsstrafgesetzbuch.
Str. Pr. O. = Reichsstrafprozeßordnung.
M. Str. G. B. = Militärstrafgesetzbuch.
J. G. G. = Jugendgerichtsgesetz.

Reichsgesetz betr. die Aufhebung der Militärgerichtsbarkeit, in Reichsgesetzblatt Jahrgang 1920 Nr. 176 Seite 1579 ff.

Bayerische Justizministerialbekanntmachung vom 31. Dezember 1927 betr. das Begnadigungswesen in Bayr. Justizministerialblatt vom 31. Dezember 1927.

Inhaltsverzeichnis.

Einleitung. 1

1. Abschnitt: Die Bestimmungen der §§ 74—78 Str.G.B. 3

§ 1. Die Voraussetzungen des § 74 für die Bildung einer Gesamtstrafe. 3

I. Realkonkurrenz. 3
II. Begehung von Verbrechen oder Vergehen. 4
III. Verwirkung mehrerer zeitiger Freiheitsstrafen. 5

§ 2. Die Ausnahme von § 74. 7

I. Der Fall des § 75 Str.G.B. 8
II. Der Fall des § 77, Abs. 1. 11
III. Der Fall des § 77, Abs. 2. 12
IV. Der Fall des § 78, Abs. 2. 13

§ 3. Die Gesamtstrafe. 16

I. Das Asperationsprinzip. 16
II. Der Werdegang der Gesamtstrafe: 18
1. bei gleichartiger Strafenkonkurrenz. 18
2. bei ungleichartiger Strafenkonkurrenz. 19
3. Feststellung der Einsatzstrafe. 20
4. Die untere zeitliche Grenze einer Gesamtstrafe. 22
5. Die obere zeitliche Grenze einer Gesamtstrafe. 27
a) relatives Höchstmaß. 27
b) absolutes Höchstmaß. 29
6. Kollisionsfälle zwischen Mindestbetrag und relativem Höchstmaß einer Gesamtstrafe. 33
7. Die Berücksichtigung von Nebenstrafen bei der Bildung einer Gesamtstrafe. 34
III. Der Charakter der Gesamtstrafe, insbesondere ihr Verhältnis zu den Einzelstrafen. 36

II. Abschnitt: Die Bestimmungen des § 79 Str.G.B. 39

§ 4. § 79 und seine Motivierung. 39

§ 5. Voraussetzungen für die Anwendung des § 79. 41

I. Begehung einer oder mehrerer strafbarer Handlungen und nachfolgende Verurteilung wegen eines anderen Delikts. 41

II. Aburteilung der zuerst begangenen Delikte, jedoch vor vollständiger Erledigung der früher erkannten Strafe. 44

§ 6. Berechtigung des § 79. 58

§ 7. Das Verfahren bei Vorliegen sämtlicher Voraussetzungen. 61

III. Abschnitt: Die prozessualen Bestimmungen der §§ 460, 462 Str.Pr.O. 75

§ 8. Die Bestimmungen des § 460 Str.P.O. 75

§ 9. Die Bestimmungen des § 462 Str.Pr.O. 81

Schlußwort, insbesondere Regelung der nachträglichen Gesamtstrafenbildung in den neuesten Entwürfen. 84

Die nicht gleichzeitig ausgesprochene Gesamtstrafe.

Einleitung.

Die materiellrechtliche Grundlage für die nachträgliche Bildung einer Gesamtstrafe ist in § 79 des Reichsstrafgesetzbuches niedergelegt. Diese Bestimmung sagt: „Die Vorschriften der §§ 74 bis 78 finden auch Anwendung, wenn, bevor eine erkannte Strafe verbüßt, verjährt oder erlassen ist, die Verurteilung wegen einer strafbaren Handlung erfolgt, welche vor der früheren Verurteilung begangen war."

Hat man sich durch die rein sprachlichen Mängel dieses Paragraphen hindurchgefunden, so scheint der rechtliche Inhalt des § 79 eine erschöpfende und zweifelsfreie Regelung der Materie zu enthalten. Diesen Eindruck wird man wohl bei den meisten gesetzlichen Bestimmungen nach dem ersten Blick gewinnen. Bei näherem Zusehen und tieferem Eindringen in den Inhalt werden sich aber, besonders bei Strafgesetzen, fast regelmäßig verschiedene, ja häufig sogar entgegengesetzte Meinungen über die Bedeutung einer Bestimmung vertreten lassen. Dieser also doch auslegungsbedürftigen Gesetze pflegen sich dann alsbald die Vertreter der Wissenschaft zu bemächtigen, die mehr oder weniger überzeugend ihren Standpunkt zu begründen und ihre Auslegung als die einzig richtige darzustellen versuchen. Das gleiche Los teilt auch § 79 Str.G.B. Es tauchen bei seiner näheren Betrachtung mancherlei Zweifelsfragen auf, über die sich die Wissenschaft nicht immer hat einig werden können. Bei einer Bestimmung aber, der, wie dem § 79, eine erhöhte praktische Bedeutung beizumessen ist, kann es nicht damit sein Bewenden haben, daß die Vertreter der verschiedenen Meinungen ihre Ansicht begründen und im übrigen hartnäckig und unnachgiebig auf ihrem einseitigen Standpunkt beharren. Ein derartiger Rechtssatz, der täglich angewendet werden muß, bedarf einer maßgebenden Auslegung, die im Interesse der Rechtseinheit für die Gesamtheit

der deutschen Gerichte wenn auch nicht verbindlich, so doch richtunggebend ist. In Fällen, in denen die Wissenschaft einen einheitlichen Standpunkt nicht anzunehmen vermag, ja in denen möglicherweise jede Richtung gewichtige Gründe für ihre Meinung anführen kann, pflegt das Reichsgericht durch seine Entscheidungen eine „herrschende Meinung" zu bilden, der sich die unteren Gerichte erfahrungsgemäß, mindestens aus Zweckmäßigkeitsgründen, anschließen. In den nachfolgenden Ausführungen werden wir mehrfach feststellen können, daß auch bei der Auslegung der Bestimmungen über die Bildung einer Gesamtstrafe die verschiedenen Ansichten sich unvereinbar gegenüberstehen. Auch hier sollen dann die Entscheidungen, die das Reichsgericht oder die übrigen bekannten Obergerichte getroffen haben, dazu beitragen eine Darstellung der nachträglichen Gesamtstrafenbildung herbeizuführen, die nicht etwa nur den extremen Anschauungen dieses oder jenes Rechtstheoretikers Rechnung trägt, sondern die der überwiegenden und herrschenden Meinung und daher auch der Handhabung in der Praxis entspricht.

Wenn wir uns nunmehr unserem einschlägigen Paragraphen selbst zuwenden, so ersehen wir schon aus seiner Fassung, daß die Bestimmungen der §§ 74 bis 78 Str.G.B. einen wesentlichen Bestandteil des § 79 bilden. Es wird deshalb zweckmäßig sein diesen Gesetzesstellen als der Grundlage des § 79 den ersten Abschnitt dieser Darstellung zu widmen.

I. Abschnitt.

Die Bestimmungen der §§ 74 bis 78 Str.G.B.

§ 1.

Die Voraussetzungen des § 74 für die Bildung einer Gesamtstrafe.

I. Nach § 74 Str.G.B. ist gegen denjenigen, der durch mehrere selbständige Handlungen mehrere Verbrechen oder Vergehen, oder dasselbe Verbrechen oder Vergehen mehrmals begangen und dadurch mehrere zeitige Freiheitsstrafen verwirkt hat, auf eine Gesamtstrafe zu erkennen. Für ein deratiges sachliches Zusammentreffen mehrerer selbständiger strafbarer Handlungen hat die Wissenschaft übereinstimmend den Begriff der „Realkonkurrenz" geprägt. Im allgemeinen nimmt man diese Realkonkurrenz dann als vorliegend an, wenn eine bestehende Deliktsmehrheit auf eine Mehrheit völlig selbständiger, zeitlich zu trennender Handlungen zurückzuführen ist.[1] Sehr richtig sagt noch Frank,[2] daß man von einer Konkurrenz der verschiedenen strafbaren Handlungen eigentlich erst dadurch sprechen könne, daß diese zu ihrer einheitlichen Aburteilung zusammentreffen. Er definiert demnach den Begriff der Realkonkurrenz als Zusammentreffen mehrerer selbständiger Deliktshandlungen derselben Person in derselben Aburteilung.[3] Die Literatur[4] macht vereinzelt noch eine Unterscheidung, die jedoch lediglich akademische Bedeutung hat. Sind nämlich die selbständigen strafbaren Handlungen gleichartig, so spricht die Wissenschaft von „Wiederholung"; sind sie ungleichartig von „Häufung".

Die Frage, wann eine Ideal- und wann eine Realkonkurrenz

1. Köhler, § 47, I 2, Seite 537; ähnlich Allfeld, Seite 296.
2. Anm. I zu § 74 Str.G.B.
3. ähnlich Finger § 74 B I; s. a. E 53, 145.
4. so Liszt-Schmidt § 57 II.

vorliege, haben wir hier nicht zu erörtern, da deren Beantwortung zur Schuldfrage, nicht zur Straffrage gehört.[5] Ebenso würde es im Rahmen deiser Darstellung zu weit führen, die Unterscheidungen und Grenzlinien der Realkonkurrenz etwa zu den fortgesetzten oder den Kollektivdelikten in allen Einzelheiten zu erörtern. Denn wir dürfen hier einfach unterstellen, daß der Richter das Vorliegen mehrerer selbständiger, also in sich gegeneinander abgeschlossener strafbarer Handlungen[6] bejaht hat. Von dieser Voraussetzung aus können wir ja erst die ganze Darstellung beginnen. Es soll demnach hier genügen, auf die Literatur über die Realkonkurrenz verwiesen zu haben.[7]

II. § 74 Abs. 1 spricht ausdrücklich aus, daß die Bildung einer Gesamtstrafe nur dann in Frage kommen kann, wenn eine Realkonkurrenz zwischen Verbrechen oder Vergehen vorliegt, und für diese mehrere zeitige Freiheitsstrafen verwirkt sind. Es können demnach zur Gesamtstrafenbildung diejenigen Freiheitsstrafen nicht herangezogen werden, die zur Sühne für eine Uebertretung im Sinne des § 1 Abs. 3 Str.G.B. ausgesprochen wurden. Diese unterstehen vielmehr immer der Herrschaft des Kumulationsprinzips,[8] das heißt die wegen Uebertretungen verwirkten Freiheitsstrafen werden im Urteil gehäuft und nebeneinander ausgesprochen, ohne eine Reduzierung zu erfahren.

Es ergeben sich demnach für die Gesamtstrafenbildung folgende drei Möglichkeiten:

1. In einem Verfahren hat sich ein Angeklagter wegen mehrerer selbständiger Handlungen zu verantworten, von denen jede ein Verbrechen im Sinne des § 1 Str.G.B. darstellt. Es ist hier rechtlich nicht von Bedeutung, ob es sich um zwei gleichartige Verbrechen handelt, also dasselbe Verbrechen mehrfach begangen ist, oder ob mehrere ungleichartige Verbrechen begangen waren, ein

5. RG. v. 5. III. 26 in Bay. Zeitschr. 1926, 224.
6. Schütze in Z. Str. W. 3, 60 ff.
7. Literaturangaben bei Liszt-Schmidt zu § 57 u. § 54. Frank, Anm. V. zu § 74 Str.G.B.; Olshausen, Anm. 6 zu § 74 Str.G.B.; Richard Schmidt § 64 I. b.
8. s. dazu Frank, Anm. II zu § 74.

Tatbestand, den man unter den Begriff der ungleichartigen Realkonkurrenz zu subsummieren pflegt.[9]

2. Dasselbe gilt nach dem Wortlaut des § 74 auch von der gleichzeitigen Aburteilung mehrerer Vergehen im Sinne des § 1 Abs. II Str.G.B.
3. Es bleibt dann noch die letzte Möglichkeit, daß ein oder mehrere Verbrechen mit einem oder mehreren Vergehen in einem Verfahren zur Aburteilung gelangen. Auch dieser Fall fällt selbstverständlich unter § 74 Str.G.B.

Diese letztere Möglichkeit kann namentlich wegen der §§ 2, 3 und 4 der Str.P.O. praktisch werden, wobei die zusammenhängenden Strafsachen bei dem Gerichte höherer Ordnung anhängig zu machen sind.[10]

III. Aus dem Wortlaut des § 74 Abs. 1 geht nun ganz eindeutig hervor, daß die oben angegeben Voraussetzungen nur dann zur Bildung einer Gesamtstrafe führen können, wenn als Sühne für jedes einzelne der begangenen Verbrechen oder Vergehen eine zeitige Freiheitsstrafe ausgesprochen wird, so daß je nach der Zahl der selbständigen Delikte an sich eine gleich große Anzahl von einzelnen zeitigen Freiheitsstrafen verwirkt wäre. Daraus geht hervor, daß die Aburteilung der mehreren selbständigen Delikte grundsätzlich in demselben Verfahren zu erfolgen hat. Dabei ist besonders hervorzuheben, daß das Verfahren „dasselbe" schon dann ist, wenn es vor demselben Gericht gleichzeitig stattfindet und zu einem einzigen Urteile führt. Dagegen kommt es nicht auf die prozessuale Art des Verfahrens an. So ist z. B. § 74 auch dann anwendbar, wenn die Strafkammer in dem einen Fall als Berufungsgericht und gleichzeitig in einem andern als erste Instanz entscheidet, aber diese Verfahren zu einem einheitlichen verbunden sind und nicht eine gesonderte Aburteilung, sondern ein gemeinsames Urteil ergeht.[11]

Bei der Bildung der Gesamtstrafe, deren technische Einzelheiten später zu erörtern sein werden, ist nach dem Wortlaut des

9. Frank, Anm. I zu § 74.
10. s. a. Olshausen, Anm. 7 zu § 74.
11. Ebermayer, Anm. 1a zu § 74, J. W. 1919 S. 112: E. 53, 146.

§ 74 und der herrschenden Meinung, insbesondere der Rechtsprechung des Reichsgerichts, notwendig, daß die durch die mehrfachen selbständigen Handlungen an sich verwirkten einzelnen zeitigen Freiheitsstrafen festgestellt und ausgemessen werden. Dabei hat die Bemessung der Einzelstrafen lediglich auf Grund der jeweils in Betracht kommenden Strafsatzung zu erfolgen. Daraus erhellt, daß die einzelnen Freiheitsstrafen weder den gesetzlichen Höchstbetrag übersteigen, noch unter den gesetzlichen Mindestbetrag herabgehen dürfen.[12]

12. so Olshausen, Anm. 9 zu § 74 Str.G.B.
Schütze in Z.Str.W: Bd. 3 S. 92, 93. E. Bd. 2 S. 235.
Rechtspr. 1. 102: . . . . . " Der Richter hat in den Gründen zunächst festzusetzen, welche Strafe der Angeklagte für jede einzelne Straftat verwirkt haben würde, wenn diese allein und ohne die damit zusammentreffenden anderen Handlungen dem Richter zur Bestimmung des Strafmaßes vorliegen würde. Daraus folgt, daß der Richter bei Bemessung der Einzelstrafe an die durch das Gesets gezogenen Grenzen gebunden ist . . . . . etc."

§ 2.

Die Ausnahmen von § 74.

Das Gesetz nennt unter den Voraussetzungen für die Bildung einer Gesamtstrafe lediglich die Verwirkung mehrerer zeitiger Freiheitsstrafen, wobei es auch bei diesen in den §§ 75 und 77 Str.G.B. noch einige Ausnahmen macht.

Jedenfalls kann man von vorneherein feststellen, daß die folgenden Fälle von § 74, also den Regeln über die Gesamtstrafenbildung, nicht erfaßt werden:

1. Es sind mehrere Todesstrafen verwirkt. Darüber enthält das Gesetz keine Vorschriften. Es ist also in einem solchen Falle z. B. wegen zweier Verbrechen des Mordes wegen jedes einzelnen Mordes die Todesstrafe auszusprechen.
2. Es besteht weiter die Möglichkeit, daß wegen mehrerer Delikte für jeden Fall an sich eine lebenslängliche Zuchthaus- oder Festungshaftstrafe auszusprechen wäre. Hier findet zwar eine Gesamtstrafenbildung ebenfalls nicht statt, aber nach der Natur dieser Strafen kann eine lebenslängliche Freiheitsstrafe hier nur einmal ausgesprochen werden.
3. Eine Gesamtstrafenbildung kann selbstverständlich auch nicht stattfinden in Fällen, in denen etwa die Todesstrafe neben einer Freiheitsstrafe ausgesprochen wird. Das Gleiche gilt von einem Zusammentreffen von Todesstrafe oder Freiheitsstrafen mit Geldstrafen.
4. Nebeneinander sind auch eine lebenslängliche und eine zeitige Freiheitsstrafe auszusprechen.
5. Eine besondere Bestimmung trifft das Strafgesetzbuch im § 78 Abs. I für den Fall der Verwirkung mehrerer Geldstrafen. In diesem Falle sind die verschiedenen Geldstrafen einfach zu addieren, es kommt also hier das reine Häufungsprinzip zur Anwendung.

In all diesen Fällen sind mangels einer besonderen gesetzlichen Vorschrift die einzelnen verwirkten Strafen, die nicht aus zeitigen Freiheitsstrafen bestehen, einfach nebeneinander auszusprechen. So die herrschende Meinung.[1] Der Ansicht von Höpfner[2] ist nicht beizupflichten, die besagt, bei einer Konkurrenz von Todesstrafe und Geldstrafe würde sich das Gericht bei Befolgung des Kumulationsprinzips der Lächerlichkeit aussetzen. Denn es besteht immerhin die Möglichkeit einer Nachprüfung des Urteils in einer höheren Instanz, in der es dann unter Umständen sehr wünschenswert sein kann, daß die einzelnen verwirkten Strafen nebeneinander ausgesprochen sind, selbst wenn sie praktisch nebeneinander nicht vollzogen werden können.

I. Der Fall des § 75 Str.G.B.

Es wurde bereits oben die Andeutung gemacht, daß das Strafgesetzbuch den § 74 Str.G.B. ausnahmsweise für unanwendbar erklärt, selbst wenn mehrere zeitige Freiheitsstrafen verwirkt sind. Es sind dies die drei Fälle der §§ 75, 77 und 78 Abs. 2 Str.G.B.

Der § 75 Abs. 1 lautet: „Trifft Festungshaft nur mit Gefängnis zusammen, so ist auf jede dieser Strafarten gesondert zu erkennen." Obwohl man es auch hier mit zeitigen Freiheitsstrafen zu tun hat, wurde vom Gesetzgeber eine Ausnahme gemacht, wohl mit Rücksicht auf die eigenartige Natur der Festungshaftstrafe.[3] Die Festungshaft wird durchwegs als nicht entehrende Strafe, als „custodia honesta" angesehen. Sie wird in der Regel für Delikte angedroht, die auf individuelle politische oder soziale Anschauungen zurückzuführen sind,[4] bei denen also aus eben diesen Anschauungen heraus die Opposition gegen die Rechtsordnung subjektiv nicht in dem Maße getätigt worden ist, wie sie objektiv tatsächlich in Er-

1. E. 54, 291; Allfeld * 58 VI, Olshausen Anm. 4 zu § 74; Finger I, 543, Liszt-Schmidt § 73, III. Ebermayer Anm. 1 zu § 74; Frank Anm. II zu § 74, Oppenhoff-Del. Anm. 20 zu § 74, Schütze in Z.Str.W. 3, 93, Teichmann in G. S. 32, 403; Rosenblatt S. 91.
2. Höpfner, 2, 138.
3. Olshausen Anm. 1 zu § 75; Frank Anm. 1 zu § 75.
4. Richard Schmidt § 55, I. c. 1.

scheinung getreten ist.[5] In den Fällen, in denen das Gesetz gewöhnlich die Wahl zwischen Festungshaft und Zuchthaus läßt, soll ja nach § 20 Str.G.B. auf Zuchthaus nur dann erkannt werden, wenn die strafbare Handlung aus einer ehrlosen Gesinnung entsprungen ist.[6] Ist demnach in einem konkreten Fall nicht auf eine Zuchthausstrafe erkannt worden, so ist anzunehmen, daß dem Angeklagten eine ehrlose Gesinnung nicht nachzuweisen war, weshalb eine Festungshaftstrafe ausgesprochen werden konnte.

In einem gewissen Gegensatz dazu steht dagegen die Gefängnisstrafe. Im Gesetz ist zwar kein direkter Anhaltspunkt dafür zu finden, daß die Gefängnisstrafe eine Ehrenminderung herbeiführe, aber in der Volksanschauung und öffentlichen Meinung wurzelt ein gewisses Gefühl, daß die Gefängnisstrafe einen entehrenden Charakter trage. Indirekt kann auch aus dem Gesetz selbst ein diesbezüglicher Schluß gezogen werden, da nach § 32 Str.G.B. neben einer Gefängnisstrafe unter gewissen Voraussetzungen auch auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden kann, während dies z. B. bei der Festungshaft nicht möglich ist.

Die Tendenz des § 75 Abs. 1 geht also kurz gesagt dahin, wegen der besonderen Eigenart der Festungshaftstrafe diese bei einer Konkurrenz mit Gefängnis bestehen zu lassen und nicht durch eine Verlängerung der letzteren zu ersetzen.

Aus dem klaren Wortlaut des Gesetzes, insbesondere aus der Einfügung des Wörtchens „nur" geht eindeutig hervor, daß die Regel des § 74 nicht außer Kraft gesetzt wird, wenn zeitige Festungshaft mit zeitiger Zuchthausstrafe zusammentrifft.[7] Dagegen erlangen die Gesamtstrafengrundsätze wieder Geltung bei dem Fall des § 75 Abs. 2 Str.G.B., nämlich dann, wenn Festungshaft und Gefängnis mehrfach verwirkt sind. Liegen also mehrere selbständige Handlungen vor, von denen mehrere mit Festungshaft und mehrere mit Gefängnis zu bestrafen sind, so ist nach § 74 für jede Gruppe eine Gesamtgefängnis- bzw. Gesamtfestungshaftstrafe

5. Merkel-Liepm. S. 261; „Festungshaft ist eine Strafe, welche keine Verneinung der ehrenhaften Gesinnung des Schuldigen enthält".
6. s. s. Köhler S. 593.
7. so unbestritteo auch: Frank Anm. II zu § 75. Ebermayer Anm. 1 zu § 75.
8. s. auch: Ebermayer Anm. 2 zu § 75. Frank Anm. I zu§ 75

zu bilden. Diese beiden getrennten Gesamtstrafen sind dann nebeneinander und gesondert auszusprechen.[8] Nach § 75 Abs. 3 darf in diesen Fällen die Gesamtdauer der beiden Strafen fünfzehn Jahre nicht übersteigen. Da der Sinn des Abs. 3 vollkommen klar ist, bedarf es keiner weiteren Hervorhebung,[9] daß diese Bestimmung sich sowohl auf Absatz 1 als auch auf Absatz 2 des § 75 bezieht. Bestritten ist dagegen, in welcher Weise zu verfahren ist, wenn die beiden nebeneinander auszusprechenden Einzelstrafen oder die nach Absatz 2 etwa zu erkennenden beiden Gesamtstrafen zusammengerechnet sich auf eine längere Zeit als fünfzehn Jahre erstrecken würden. Olshausen[10] steht hier auf dem Standpunkt, daß über die Zurückführung auf das zulässige Höchstmaß das Ermessen des Richters nach den Umständen des Falles zu entscheiden habe, da der Richter nicht gezwungen werden könne, eine Zurückführung beider Strafen im gleichen Verhältnisse eintreten zu lassen. Gegen Olshausen steht die übrige Literatur.[11] Nach deren Meinung ist eine etwa erforderliche Reduktion bei allen Strafen gleichmäßig vorzunehmen, also sowohl bei Gefängnis als auch bei Festungshaft. Denn wollte man anders verfahren, so könnte beispielsweise bei 15 Jahren Festungshaft und 5 Jahren Gefängnis auf 15 Jahre Festungshaft und im umgekehrten Fall auf 15 Jahre Gefängnis erkannt werden, wodurch ohne ersichtlichen Grund der Angeklagte entweder besser oder schlechter behandelt würde, als er es verdient, und außerdem der in § 75 aufrechterhaltene Charakter der Festungshaft als einer custodia honesta beeinträchtigt würde. Aus diesem Gesichtspunkt heraus wird man tatsächlich eine gleichmäßige Reduktion als die richtigere Lösung anzusehen haben.

Trotz des § 75 Abs. 3 ist noch ein Fall denkbar, in dem über den fünfzehnjährigen Höchstrahmen hinaus gegangen werden kann. Wir brauchen nur anzunehmen, daß neben der Gefängnis- und Festungshaftstrafe noch eine oder mehrere Geldstrafen ausgesprochen werden. Unterstellen wir nun weiterhin, daß in einem konkreten

9. so Ebermayer Anm. 3 zu § 75, und Olshausen Anm. 4 zu § 75.
10. Anm. 4 zu § 75 und Frank Anm. I. 2 zu § 75.
11. so Ebermayer Anm. 3 zu § 75, Finger 1, 546; Schwartz Anm. 2 zu § 75 u. a. ähnlich Oppenh. Del. Anm. 3 zu § 75.

Falle die verhängte Geldstrafe uneinbringlich ist, so tritt an ihre Stelle die in § 29 Str.G.B. vorgesehene Ersatzfreiheitsstrafe. Nach § 78 Abs. II, auf den später noch zurückzukommen sein wird, gilt der Grundsatz der reinen Kumulation auch für die Freiheitsstrafen, die an die Stelle uneinbringlicher Geldstrafen treten, jedoch mit der Einschränkung, daß ihre Gesamtdauer zwei Jahre nicht übersteigen darf. Da demnach die Geldstrafen bzw. die an ihre Stelle tretenden Ersatzfreiheitsstrafen mit anderen Einheitsstrafen nicht zu einer Gesamtstrafe vereinigt werden können, so besteht die Möglichkeit, daß eine Freiheitsstrafe ausgesprochen wird, die sich aus einer Höchststrafe von 15 Jahren plus einer Höchststrafe von 2 Jahren zusammensetzt, so daß sich in diesem Ausnahmefall eine zeitige Freiheitsstrafe von 17 Jahren ergeben kann.

II. Der Fall des § 77 Abs. 1 Str. G. B.

Der zweite Fall, in dem trotz Verwirkung mehrerer zeitiger Freiheitsstrafen eine Gesamtstrafenbildung nicht zugelassen ist, wird in § 77 Abs. I Str. G. B. geregelt. Dort wird bestimmt, daß bei einem Zusammentreffen von Haft mit einer anderen Freiheitsstrafe auf die Haftstrafe gesondert zu erkennen ist. Diese Regelung erinnert lebhaft an § 75 Abs. I., da auch hier wieder zwei verschiedenartige Freiheitsstrafen ausdrücklich auseinandergehalten werden. Wie bei § 75 gilt auch in diesem Falle das Kumulationsprinzip. Auch die Gründe werden wir in einem ähnlichen Bereich zu suchen haben.[12] Denn die Haftstrafe stellt, ähnlich der Festungshaft eine Strafe eigener Art dar, da sie praktisch lediglich in einer einfachen Freiheitsentziehung besteht,[13] und somit mindestens in der Anschauung der breiten Oeffentlichkeit einen gewissermaßen harmlosen Charakter trägt. Die Haftstrafe soll also wegen ihrer besonderen Eigenart gesondert bestehen bleiben und nicht durch Bildung einer Gesamtstrafe die schwerere Einzelstrafe durch ihre Hinzuziehung verlängert werden. Praktische Bedeutung gewinnt diese Bestimmung nur dann, wenn Haft und andere Freiheitsstrafen für Vergehen und Verbrechen verwirkt sind, da auf Uebertragungsstrafen der § 74, wie schon er-

12. so auch Frank Anm. I zu § 77.
13. so § 18 Abs. 2 Str.G.B. und die gesamte Literatur.

wähnt, ohnehin nicht zur Anwendung kommen kann. Sollten neben einer Haftstrafe mehrere andere Freiheitsstrafen verwirkt sein, so gilt für diese selbstverständlich § 74. Es ist also aus den zu erkennenden anderen Freiheitsstrafen eine Gesamtstrafe zu bilden und daneben die noch verwirkte Haftstrafe gesondert auszusprechen.

III. Der Fall des § 77 Abs. II Str. G. B.

Nach § 77 Abs. 2 Str. G. B. ist auf eine mehrfach verwirkte Haft ihrem Gesamtbetrage nach, jedoch nicht über die Dauer von 3 Monaten hinaus zu erkennen. Diese Bestimmung enthält nicht ohne weiteres eine Selbstverständlichkeit. In der Regel ist zwar die Haftstrafe nur für Uebertretungen angedroht und demnach dem § 74 von vorneherein nicht unterworfen. Ausnahmsweise können aber auch Vergehen, z. B. die Beleidigung, mit Haft bestraft werden. Es würden also die in einem solchen Falle gegebenenfalls auszusprechenden Haftstrafen an sich der Regelung des § 74 unterworfen sein. Insoferne bildet also § 77 Abs. II tatsächlich eine Ausnahme von den Bestimmungen des § 74. Da nun die mehrfach verwirkten Haftstrafen in ihrem Gesamtbetrage auszusprechen sind, gilt auch hier das Kumulationsprinzip. Die Motive für die Gesamtstrafenbildung sollen zwar später noch erörtert werden, doch darf hier wohl vorweggenommen werden, daß die Häufung der mehreren Haftstrafen aus dem Grunde zugelassen werden konnte, weil sich die Haftstrafen immerhin auf relativ kurze Zeit erstrecken und deshalb selbst bei einer Häufung eine besondere Härte nicht fühlbar werden dürfte.[14] Aber auch hier kommt nicht das uneingeschränkte Kumulationsprinzip zur Anwendung, sondern, wie Frank[15] es nennt, ein „gemildertes Kumulationsprinzip". Nach § 18 Abs. I Str. G. B. beträgt das gesetzliche Höchstmaß für eine Einzelhaftstrafe 6 Wochen. § 77 läßt nun nicht eine unendliche Häufung von Haftstrafen zu, sondern setzt dieser eine Grenze dadurch, daß es eine derartige Gesamtbetragsstrafe nur bis zu einer Höhe von 3 Monaten gestattet.

Von dieser dreimonatigen Höchststrafe läßt sich allerdings wiederum eine Ausnahme feststellen. Nämlich dann, wenn an Stelle

14. ähnlich Frank Anm. 2 zu § 77.
15. Anm. 2 zu § 77.

einer uneinbringlichen Geldstrafe eine Ersatzhaftstrafe ausgesprochen wird. Nach § 78 gilt, wie schon früher festgestellt wurde, für Ersatzfreiheitsstrafen bis zu gewissen Grenzen der Grundsatz der Kumulation. Da nach § 78 Absatz 2 Satz 2 die Gesamtdauer dieser Ersatzhaftstrafen bis zu 3 Monaten gehen kann, besteht also theoretisch die Möglichkeit, daß neben einer in erster Linie auszusprechenden Gesamtbetragshaftstrafe von 3 Monaten nach § 77 Absatz 2 noch eine Ersatzhaftstrafe von 3 Monaten nach § 78 Absatz 2 Satz 2 verhängt wird, so daß sich doch eine Haftstrafe von 6 Monaten ergeben kann.[16]

IV. Der Fall des § 78 Abs. 2 Str. G. B.

Als vierte und letzte Möglichkeit, die statt einer Gesamtstrafe nach § 74 bei Vorliegen mehrerer zeitiger Freiheitsstrafen eine Häufung der einzelnen Strafen vorsieht, ist die Regelung des § 78 Abs. II Str. G. B. zu nennen. Darnach ist auf einzelne Freiheitsstrafen, die an die Stelle uneinbringlicher Geldstrafen treten, gesondert zu erkennen, also nach dem Kumulationsprinzip zu verfahren.

§ 78 Absatz 1 stellt mit Rücksicht auf § 74 eigentlich eine Selbstverständlichkeit dar. Eine Sonderregelung haben wir aber in § 78 Absatz 2 zu erblicken, da die dort vorgesehenen Ersatzstrafen doch immerhin in zeitigen Freiheitsstrafen bestehen und trotzdem das Häufungsprinzip angewendet werden muß. Deshalb ist hier auf mehrere verwirkte Geldstrafen gesondert zu erkennen. Da die an ihre Stelle tretenden Freiheitsstrafen nur einen Ersatz im Falle der Uneinbringlichkeit der Geldstrafen bedeuten, so ist nach § 78 Absatz 2 auf die einzelnen Ersatzfreiheitsstrafen ebenfalls gesondert zu erkennen. Es muß also in jedem Falle zunächst die verwirkte Geldstrafe ausgesprocheen und für jede einzelne Geldstrafe eine gegebenenfalls an ihre Stelle tretende Freiheitsstrafe festgesetzt werden, nicht darf also für die Summe der einzelnen Geldstrafen eine einzige sie ersetzende Freiheitsstrafe ausgesprochen werden.[17]

16. s. dazu: Olshausen Anm. 2 u. Anm. 17, 2 zu § 74, u. Ebermayer Anm. 2 zu § 77.

17. Olshausen Anm. 5 zu § 78, Ebermayer Anm. 5 zu § 78; E.: 4, 367, 5, 371, 21, 46, 38, 1, Bay. Ob. L. G. 9, 126, 19, 83; Rechtspr.: 4, 325, 7, 144; 9, 466. Anderer Meinung: Höpfner S. 136, da § 74 keine primären Freiheitsstrafen verlange.

Während aber für die primär ausgesprochenen Geldstrafen das Kumulationsprinzip uneingeschränkt zur Anwendung gebracht werden kann, sind der Häufung der Ersatzfreiheitsstrafen durch § 78 Absatz 2 Satz 2 bestimmte Grenzen gezogen. Die Gesamtdauer der Ersatzfreiheitsstrafen schlechthin darf nämlich zwei Jahre nicht übersteigen, während die Gesamtdauer mehrerer zusammentreffender Haftstrafen nur einen Betrag bis zu 3 Monaten erreichen darf. Es wird also eine Unterscheidung getroffen zwischen Freiheitsstrafen im allgemeinen und Haftstrafen.

Zunächst ist nun eine Höchstgrenze von 2 Jahren gezogen. Dieses Höchstmaß bezieht sich nach allgemeiner Meinung auf die Summe der Ersatzfreiheitsstrafen schlechthin, gleichgültig ob diese in Zuchthaus, Gefängnis, Festungshaft oder Haft bestehen.[18] Da die Bestimmung des § 78 Absatz 2 Satz 2 Halbsatz 1 jeden Zweifel darüber ausschließt, daß die zweijährige Dauer unter allen Umständen die oberste Grenze für den Rahmen der Ersatzfreiheitsstrafen bildet, ist es also nicht möglich, daß z. B. bei mehrfach verwirkter Ersatzgefängnis- und mehrfach verwirkter Ersatzhaftstrafe zunächst die Gefängnisstrafen bis zu 2 Jahren kumuliert und abgesondert davon die Haftstrafen bis zu 3 Monaten summiert werden, und dann nebeneinander etwa auf 2 Jahre Gefängnis und 3 Monate Haft erkannt wird, sondern es darf insgesamt nur auf eine Höchstfreiheitsstrafe von 2 Jahren erkannt werden, wobei in diesem Rahmen die Haft schon inbegriffen sein muß.

Da nun der Richter auf jeden Fall sich im Rahmen der in § 78 Absatz 2 bestimmten Höchstsumme bewegen muß, hat er nach der reichsgerichtlichen Rechtsprechung bereits die Einzelstrafen von vorneherein so zu bemessen, daß sich ihre Summe in den Grenzen des § 78 Absatz 2 hält. Unrichtig wäre es demnach, nur die Gesamtsumme umzuwandeln und bis zur Höhe der Höchstbeträge des § 78 herabzusetzen.[19]

Wenn nun § 78 schon den Grundsatz aufstellt, daß für mehrere Ersatzfreiheitsstrafen das Kumulationsprinzip Anwendung zu

18. Ebermayer Anm. 6 zu § 78 und Frank; Olshausen Anm. 3 zu § 78; Finger 1, 548 Anm. 707.

19. Ebermayer Anm. 3 zu § 78; E.; 5, 373; 7, 368; Rechtspr. 4, 79; 5, 1.

finden habe, so entspricht es nicht weniger der Tendenz dieser Bestimmung, daß auch eine Vereinigung von Ersatzfreiheitsstrafen mit den in erster Linie ausgesprochenen Freiheitsstrafen zu einer Gesamtstrafe als unzulässig angesehen wird.[20]

Wenn wir nach dem Grund dieser verschiedenartigen Behandlung der Fälle realer Konkurrenz suchen, so können wir mit Merkel[21] sie dadurch erklären, daß bei den schwereren Strafarten und denjenigen von mittlerer Schwere einer Kumulation sich natürliche Schranken und innerhalb derselben Zweckmäßigkeitsgründe entgegenstellen, welche bei den leichteren Strafarten nicht in Betracht kommen. Würde man bei zeitigen Zuchthaus- und Gefängnisstrafen eine Häufung eintreten lassen, so würde dies in zahlreichen Fällen dem praktischen Ergebnis nach zu einer lebenslänglichen Freiheitsstrafe führen und zwar schon bei Delikten mittlerer Schwere. Es entspricht aber naheliegenden kriminalpolitischen Rücksichten, die lebenslängliche Freiheitsentziehung für die schwersten Deliktsarten zu reservieren.

Wegen der großen Sorgfalt, mit der das Gesetz die Voraussetzungen und Möglichkeiten für eine Gesamtstrafenbildung behandelt, konnten die Bestimmungen des §§ 75 bis 78 einschließlich auch von uns nicht übergangen werden. Nachdem wir diese Gesetzesstellen angemessen berücksichtigt haben, können wir uns nunmehr dem Begriff der Gesamtstrafe selbst und seiner Bedeutung zuwenden.

20. Olshausen Anm. 5 zu § 78; Höpfner S. 137; E.: 10, 285.
21. Merkel-Liepm. Seite 341.

§ 3.

Die Gesamtstrafe.

I. Das Asperationsprinzip.

§ 74 Absatz 1 Str. G. B. stellt den Satz auf, daß in den Fällen, in denen durch real konkurrierende Verbrechen oder Vergehen mehrere zeitige Freiheitsstrafen verwirkt sind, auf eine Gesamtstrafe zu erkennen ist, die in einer Erhöhung der verwirkten schwersten Strafe besteht.

Entsprechend dem Grundsatz quot delicta tot poenae würde bei Verwirkung mehrerer Strafen durch mehrere selbständige Delikte unter Außerachtlassung rechtspolitischer Erwägungen das Kumulationsprinzip zur Anwendung zu kommen haben, es müßten also die verwirkten Einzelstrafen im Urteil gehäuft nebeneinander ausgesprochen werden. Aber gerade für die Fälle des § 74 Str. G. B. wurde das sogenannte Asperationsprinzip aufgestellt, das die Bildung einer Gesamtstrafe vorschreibt. Ueber das Zustandekommen einer derartigen Gesamtstrafe ist noch später zu handeln, an dieser Stelle sei lediglich auf die Motive und Erwägungen eingegangen, die eine solche Regelung als notwendig oder doch angebracht erscheinen ließen.

Zunächst wurden schon verschiedene Erklärungsversuche angestellt, die indessen nicht restlos befriedigend sein können. So meint Berner,[1] die frühere ungeahndet gebliebene Verübung erleichtere die spätere Begehung, so daß aus diesem Gesichtspunkt eine mildere Beurteilung geboten erscheine. Nicht durchschlagend ist diese Lösung vor allem deshalb, weil damit besonders der Fall nicht getroffen wird, daß die Delikte rasch aufeinanderfolgen, so daß ein Dazwischentreten einer strafrechtlichen Ahndung überhaupt nicht mög-

1. Berner, Seite 298, u. Buri in G. S. 35, 527.

lich ist. Mindestens unvollkommen sind auch die Ansichten, daß die Straffähigkeit eines Täters durch die Erduldung einer anderen Strafe verringert werde[2] oder daß der Zweck einer Strafe schon teilweise mit der anderen erreicht werde.[3] Auch Frank[4] vermag mit seiner Erklärung nicht zu überzeugen. Er sagt: Als Grund, weshalb der Gesetzgeber die einzelnen verwirkten zeitigen Freiheitsstrafen nicht einfach häufen läßt, bezeichnet man meist den Umstand, daß bei aneinandergereihten Strafen das Leiden des Verurteilten progressiv und daher über das Maß der Schuld hinaus wächst. Indessen würde dieser Grund für sich allein nur eine Bestimmung in dem Sinne rechtfertigen, daß sich zwischen den Vollzug der Einzelstrafen eine Pause von angemessener Dauer einschieben müsse. In Wahrheit kommt der weitere und tieferliegende Grund dazu, daß es nicht möglich ist, längere zeitige Freiheitsstrafen in vollem Umfang nacheinander zu vollstrecken, ohne ihren Charakter zu verändern, d. h. sie zu lebenslänglichen zu machen. Deshalb läßt der Gesetzgeber an Stelle des sukzessiven einen simultanen Vollzug treten. Die Bedeutung der Gesamtstrafe besteht also in erster Linie darin, daß durch sie der gleichzeitige Vollzug der Einzelstrafen angeordnet wird. Wie gesagt, kann diese Meinung nicht voll befriedigen, denn selbst wenn zugegeben wird, daß durch die Gesamtstrafenbildung der gleichzeitige Vollzug der Einzelstrafen angeordnet wird, gibt Frank doch keine durchschlagende Erklärung dafür, daß die Gesamtstrafe ihrem Umfange nach geringer als die Summe der Einzelstrafen sein müsse.

Dagegen kann man der herrschenden Meinung[5] eine gewisse Schlüssigkeit und Beweiskraft nicht absprechen. Ihr zufolge beruht die Art der Berücksichtigung einer Realkonkurrenz hauptsächlich auf den Gedanken, daß mit Rücksicht auf die begrenzte Lebensdauer die Intensität einer Freiheitsstrafe mit ihrer zunehmenden Dauer nicht in arithmetischer, sondern in einer geometrischen Form sich steigert. Soll daher die Strafvollstreckung bei zusammentreffen-

2. so Merkel, H. H. 2, 581; Schütze in Z:Str.W. 3, 80.
3. Heßler in G.A. 9, 151.
4. Anm. II Abs. 2 zu § 74.
5. Köhler, § 52, 2, S. 637; Allfeld, § 58, I., S. 297; Liszt-Schmidt, § 73, I., S. 420; v. Calker, S. 68; Motive, S. 59.

den Straftaten nur die wirkliche Summe der einzelnen Strafübel zufügen, so muß sie diesen an Umfang nehmen, was sie durch die Häufung an Schwere gewinnen. Es würde demnach eine vollständige Verbüßung der verwirkten Einzelstrafen eine ungerechtfertigte Verschärfung der Strafen selbst enthalten, da die Schwere der Strafe härter wirkt, je länger sie dauert. Aus diesen Gründen ist man zu der Forderung einer Milderung des Grundsatzes der Häufung bei zusammentreffenden Straftaten gelangt, einer Milderung, die im Sinne des Strafgesetzbuchs eine Wiederherstellung des ursprünglichen Gleichmaßes zwischen Einzelhandlung und Einzelstrafe ist, die aber auch nur dort und nur soweit angemessen ist, wo und soweit die Häufung jenes ursprüngliche Gleichmaß stört.

II. Der Werdegang der Gesamtstrafe.

Die Bildung der Gesamtstrafe geht nun in der Weise vor sich, daß die verwirkte schwerste Strafe erhöht wird (§ 74, Abs. 1), wobei nach § 74 Absatz 2 beim Zusammentreffen ungleichartiger Freiheitsstrafen diese Erhöhung bei der ihrer Art nach schwersten Strafe einzutreten hat. Das Gesetz unterscheidet demnach zwischen gleichartiger und ungleichartiger Strafenkonkurrenz.

1. Gleichartige Strafenkonkurrenz.

Unter Bezugnahme auf unsere früheren Ausführungen kommen wir zu der Feststellung, daß die gleichartige Strafenkonkurrenz nur praktisch wird bei Zusammentreffen von Zuchthaus mit Zuchthaus, Gefängnis mit Gefängnis oder Festungshaft mit Festungshaft. Da in diesen Fällen eine „der Art nach" schwerere Strafe nicht vorliegt, kann man hier nur in dem Sinne von einer schwereren oder schwersten Einzelstrafe sprechen, als sich ihr Gewicht aus ihrer Dauer gegenüber den anderen erkannten Einzelstrafen ergibt. Es ist demnach bei der gleichartigen Strafenkonkurrenz die Erhöhung an der längsten und insoferne schwersten Einzelstrafe vorzunehmen.[6]

6. so a. Frank Anm. III zu § 74.

2. Die ungleichartige Strafenkonkurrenz.

Besondere Berücksichtigung findet durch § 74 Abs. 2 die ungleichartige Strafenkonkurrenz, bei der die Erhöhung bei der „ihrer Art nach" schwersten Einzelstrafe einzutreten hat.

Für den Fall der ungleichartigen Strafenkonkurrenz kommt in der Regel praktisch nur ein Zusammentreffen von Zuchthaus mit Gefängnis oder mit Festungshaft in Betracht. Ueber die in ihrer Art liegende Schwere dieser Freiheitsstrafen gibt uns § 21 des Str.G.B. Auskunft, der feststellt, daß eine achtmonatliche Zuchthausstrafe einer einjährigen Gefängnisstrafe und eine achtmonatliche Gefängnisstrafe einer einjährigen Festungshaft gleichzuachten ist. Es ist also die der Art nach schwerste Freiheitsstrafe die Zuchthausstrafe. Daraus ergibt sich, daß bei Zusammentreffen von Zuchthaus mit Gefängnis oder Festungshaft die letzteren nach dem Maßstabe des § 21 Str.G.B. in Zuchthausstrafe vorzunehmen ist.[7] Dieser Bestimmung mag der gesetzgeberische Gedanke zu Grunde liegen, daß jemand, der z. B. ein, wenn auch nur mit dem Mindestmaß der schimpflicheren Zuchthausstrafe bedrohtes Verbrechen begangen hat, von der Verbüßung dieser Strafart nicht etwa dadurch befreit werden soll, daß er neben diesem Verbrechen noch ein zweites begangen hat, welches mit einer Gefängnisstrafe bedroht ist, auch wenn die letztere nach dem Schlüssel des § 21 Str.G.B. als ein intensiveres Uebel als die einjährige Zuchthausstrafe sich darstellt.

Einen besonderen Hinweis auf einen Fall, der sich praktisch wohl nicht allzu häufig verwirklichen dürfte, bringt noch Olshausen.[8] Er erinnert an die Bestimmung des § 54 des Militärstrafgesetzbuchs, nach dessen Regelung beim Zusammentreffen militärischer Verbrechen oder Vergehen mit bürgerlichen Verbrechen oder Vergehen unter den im Str.G.B. gesetzten Voraussetzungen ebenfalls auf eine Gesamtstrafe zu erkennen ist. § 16 M.Str.G.B. kennt nun für Soldaten eine besondere Art der Freiheitsstrafe, den Arrest mit den in § 19 M.Str.G.B. angegebenen verschiedenen Graden. Da nun Gefängnis und Festungshaft im Verhältnis zur Arreststrafe

7. so: Köhler S. 641; Olshausen Anm. 13 zu § 74; Ebermayer Anm. 6 zu § 74; Finger I S. 544; E.: 58, 70; Rechtspr. 6, 383.
8. Olshausen Anm. 13 zu § 74.

des M.Str.G.B. ihrer Art nach schwerere Strafen sind,[9] so tritt beim Zusammentreffen von Arrest mit Gefängnis oder Festungshaft die Erhöhung in jedem Falle bei diesen letzteren beiden Strafen ein.[10]

3. Feststellung der Einsatzstrafe.

Da nun das Gericht, um überhaupt eine Gesamtstrafe bilden zu können, die verwirkte schwerste Einzelstrafe finden muß, so ergibt sich daraus die Folgerung, daß der Richter, wie wir schon oben erwähnt haben, jedes der konkurrierenden Delikte einzeln beurteilen und dafür eine Strafe festsetzen muß, denn nur so ist es möglich, daraus die schwerste Strafe ausfindig zu machen.[11] Ist wegen mehrerer von einer jugendlichen Person begangenen Straftaten auf Freiheitsstrafen zu erkennen, so muß zunächst nach dem milderen Strafrahmen des § 9 des Jugendgerichtsgesetzes festgestellt werden, welche einzelnen Freiheitsstrafen darnach verwirkt sind und erst aus diesen ist dann die Gesamtstrafe zu bilden.[12]

In diesem Zusammenhang ist es noch von Interesse, daß die Bestimmung des § 74 Abs. 2 Str.G.B. dann nicht Platz greift, wenn auf Grund gesetzlicher Vorschrift an Stelle einer Zuchthausstrafe von vorneherein Gefängnis tritt, sei es im Verhältnis des § 21, wie bei Versuch und Beihilfe nach §§ 44, IV und 49, II Str.G.B., sei es von gleicher Dauer, wie nach § 9, Abs. 3, Satz 2 des Jugendgerichtsgesetzes.[13] In diesen Fällen ist die angedrohte Strafe nicht Zuchthaus, sondern Gefängnis und es liegt also, wenn Gefängnis außerdem verwirkt ist, ein Zusammentreffen ungleichartiger Strafen überhaupt nicht vor. Es darf also hier auch bei strafmündigen Personen nicht etwa auf Zuchthaus erkannt werden, wenn die Gesamtstrafe 1 Jahr 4 Monate Gefängnis erreicht oder übersteigt.[14] Ebensowenig darf dies in Fällen des § 157 Str.G.B.

9. E. 58, 67.
10. E.: 58, 69, 70.
11. Olshausen Anm. 9 zu § 74; Finger I 543; Frank Anm. III zu § 74; Ebermayer Anm. 5 zu § 74: J. W. 1924, 1728, 15. E.; 2, 234; 25, 297; 52, 147; Rechtspr. 1, 102.
12. Stenglein Zeitschr. 1, 260; E.: 54, 202.
13. Olshausen Anm. 14 zu § 74; G. A. 42, 126.
14. E.: 55, 97; Rechtspr. 1, 187.

geschehen, wenn die an sich verwirkten Einzelstrafen infolge der Ermäßigung in Gefängnis umzuwandeln waren.[15] Fraglich ist,[16] ob die Regel des § 74 Abs. 2 eine Ausnahme erleidet, wenn Zuchthausstrafe einerseits mit Gefängnis oder Festungshaft andererseits zusammentrifft, die gegen einen zur Zeit der Tat noch nicht voll Strafmündigen festzusetzen waren. Die Befolgung des § 74 enthält anscheinend einen Verstoß gegen § 9 J.G.G., aber doch nur scheinbar, da letzterer sich bekanntlich nur auf die Feststellung der Einzelstrafen bezieht. Daraus folgt allerdings, daß beim Zusammentreffen von Freiheitsstrafen, die sämtlich wegen in nicht voller Strafmündigkeit begangener strafbarer Handlungen festzusetzen waren, niemals eine auf Zuchthaus lautende Gesamtstrafe sich ergeben kann. Anders dagegen, wenn es sich um ein Zusammentreffen der oben bezeichneten Art handelt. Abgesehen davon, daß ein Auseinanderhalten der Strafen der inneren Begründung entbehrte, da ja der Täter wegen der in Strafmündigkeit verübten Delikte ohnehin Zuchthaus zu verbüßen haben würde, ergibt einfach die Anwendung des § 9 Abs. 3 des J.G.G. in Verbindung mit § 74 Abs. 2 Str.G.B. die Bildung der Gesamtstrafe durch Erhöhung der Zuchthausstrafe.[17]

Sind sodann unter Berücksichtigung all dieser Erwägungen die sämtlichen verwirkten Einzelstrafen festgestellt, so wird die schwerste von ihnen herausgegriffen und als Grundstock für die zu bildende Gesamtstrafe genommen. Sie wird in der Literatur übereinstimmend als Einsatzstrafe bezeichnet.[18]

Nach dem Gesetz besteht die Bildung der Gesamtstrafe darin, daß die gefundene Einsatzstrafe erhöht, d. h. ihrer Zeitdauer nach verlängert wird. Wie Olshausen bemerkt,[19] wird allerdings durch diesen Teil der Gesetzesvorschrift nicht in genügender Weise das Verfahren vorgeschrieben, wie die Gesamtstrafe zu finden sei, vielmehr nur das Ergebnis dahin: Die Gesamtstrafe muß höher sein, als die verwirkte schwerste Einzelstrafe. Ob das Ergebnis dadurch

15. E.: 31, 106.
16. s. dazu Olshausen Anm. 15 zu § 74.
17. so auch Schwartz Anm. 2c zu § 74; Ortloff in G. S. 26, 65; Rechtspr. 6, 652.
18. Schwartz Anm. 3 zu § 74; Merkel Lehrb. S. 267; Liszt-Schmidt § 73, II; Ebermayer Anm. 5 zu § 74 etc.
19. Olshausen Anm. 11 Abs. 2 zu 74.

gewonnen wird, daß die Einsatzstrafe in einem unter dem Betrag der Summe der Einzelstrafen verbleibenden Maße erhöht oder daß die Summe der Einzelstrafen auf ein über dem Betrage der Einzelstrafen sich haltendes Maß zurückgeführt wird, erscheint gleichgültig.[20]

Letzten Endes wird man dem Reichsgericht[21] zustimmen können. Darnach ist es mit dem pflichtmäßigen freien Ermessen, das bei dieser richterlichen Entscheidung über die Modalität der Vollstreckung der zunächst gefundenen Einzelstrafen obwalten sollte, nicht vereinbar, wenn die Gesamtstrafe durch Herabminderung der außer der Einsatzstrafe festgesetzten Einzelstrafen und Zusammenzählung der Strafteile gebildet werde. Für derartige „rechnerische Zwischenstufen" sei gegenüber dem freien Ermessen kein Raum.

§ 74, Absatz 3 bestimmt nun, daß das Maß der Gesamtstrafe den Betrag der verwirkten Einzelstrafen nicht erreichen und fünfzehnjähriges Zuchthaus, zehnjähriges Gefängnis oder fünfzehnjährige Festungshaft nicht übersteigen dürfe. Diese Bestimmung in Verbindung mit Absatz 1, durch den die Notwendigkeit einer Erhöhung der Einsatzstrafe vorgeschrieben wird, stellt also einen Rahmen auf, in dessen Grenzen der Richter eine der Tendenz des Asperationsprinzips gerechtwerdende und angemessene Gesamtstrafe zu bilden hat. Daraus ergibt sich schließlich, daß das Gericht einerseits eine untere Grenze für den Umfang der Gesamtstrafe mit Rücksicht auf § 74 Absatz 1 einzuhalten hat, andererseits durch Absatz 3 daran gehindert ist, ein gewisses Höchstmaß zu überschreiten.

4. Die untere zeitliche Grenze einer Gesamtstrafe.

Wenn Frank[22] den Satz aufstellt, der Mindestbetrag einer Zusatzstrafe ist gleich einer Strafeinheit der Einsatzstrafe, so kann man wegen der zahlreichen Möglichkeiten, die durch die verschiedenen Strafarten und die Verschiedenheit der in den jeweiligen konkreten Fällen bestehenden Strafmaße gegeben sind, diesen Satz

20. Finger I, 544 N 702; Schwartz N 4 b.
21. E.: 44, 302 unter Aufgabe von E 15, 29; Köhler 640; Reiffel in G. S. 40, 217; a. M. Höpfner S. 129.
22. Frank Anm. III a zu § 74.

nicht als allgemeingültig hinnehmen. Es ist vielmehr an Hand einiger Beispiele darzutun, inwieweit man sich der Meinung Franks anschließen kann.

Man kann zunächst einmal annehmen, daß in einem praktischen Fall mehrere Gefängnisstrafen verwirkt sind. Weiterhin sei unterstellt, daß die eine davon größer als die andere ist, so daß sie nach den bisherigen Erfahrungen als die verwirkte schwerste und demnach als Einsatzstrafe zu gelten hat. Diese Einsatzstrafe von beispielsweise 5 Monaten hat entsprechend § 74, Absatz 1 auf jeden Fall bestehen zu bleiben. Ist nun neben dieser Einsatzstrafe noch eine Gefängnisstrafe von etwa 1 Woche verwirkt, so beträgt der Mindestumfang der zu bildenden Gesamtstrafe 5 Monate und 1 Tag. Denn einerseits hat nach § 74 Abs. 1 eine Erhöhung der Einsatzstrafe stattzufinden, andererseits darf die Dauer einer Gefängnisstrafe nach § 19 Absatz 2 nur nach vollen Tagen bemessen werden. Die Frage, ob § 74 Absatz 1 von der Vorschrift des § 19 Absatz 2, daß die Dauer anderer Freiheitsstrafen als Zuchthaus nur nach vollen Tagen zu bemessen sei, Ausnahmen zu begründen vermöge, ist unbedingt zu verneinen.[23] Denn aus der Gesamtheit der Bestimmungen des Strafgesetzbuchs über den Mindestbetrag von Freiheitsstrafen ist zu schließen, daß letzteres bei denselben unter einen Tag grundsätzlich nicht heruntergehen wollte, weil ihm eine geringere Dauer der Freiheitsstrafe mit dem Charakter einer Kriminalstrafe unverträglich erschien. An dem Grundsatz des § 19 Absatz 2 ist demnach den Bestimmungen des § 74 gegenüber derartig festzuhalten, daß im Konfliktsfall die Verwircklichung einer Erhöhung der Einsatzstrafe zurückstehen muß. Es kann deshalb die Herabsetzung einer Gefängnisstrafe etwa auf Stunden nicht für zulässig erklärt werden. Aus alledem geht hervor, daß in unserem Beispiel der Richter, auch wenn er das Bestreben hat, eine möglichst geringe Gesamtstrafe zu bilden, die festgestellte Einsatzstrafe von 5 Monaten um mindestens einen Tag erhöhen muß, so daß sich also hier ein Mindestmaß von 5 Monaten und 1 Tag ergeben muß.[24]

23. Olshausen, Anm. 63 zu § 19 Str.G.B.
24. s. a. Reiffel in G. S. Bd. 40 S. 217 ff.

Da Festungshaft nach § 19 Absatz 2 ebenfalls nur nach vollen Tagen bemessen werden darf, so gilt beim Zusammentreffen mehrerer zeitiger Festungsstrafen dasselbe, wie bei Gefängnis.

Nach § 16 Absatz 1 und § 17 Absatz 2 Str.G.B. beträgt das Mindestmaß einer in Gefängnis, bzw. Festungshaft auszusprechenden Strafe jeweils 1 Tag. Es besteht demnach theoretisch die Möglichkeit, daß für zwei realkonkurrierende Delikte zwei Einzelstrafen von 1 plus 1 Tag Gefängnis bzw. Festungshaft verwirkt sind. Da nun einerseits Gefängnis und Festungshaft nur nach vollen Tagen bemessen werden darf, andererseits die zweite verwirkte Einzelstrafe ebenfalls nur eine Höhe von 1 Tag aufweist, so würde durch Bildung einer Gesamtstrafe von 2 Tagen gegen § 74 Absatz 3 verstoßen werden, demzufolge das Maß der Gesamtstrafe den Betrag der verwirkten Einzelstrafen nicht erreichen darf. Diesen Konflikt zwischen Absatz 1 und Absatz 3 des § 74 werden wir noch später erörtern. Hier sei nur vorweggenommen, daß in diesem Fall dem Absatz 3 der Vorzug gebührt,[25] so daß also lediglich in diesem Punkte die Meinungen von Frank sich bestätigt, daß das Maß der Gesamtstrafe sich mindestens in der Höhe des Betrages der Einsatzstrafe bewegen müsse.

Wir können nunmehr zu den Fällen übergehen, in denen mehrere Einzelzuchthausstrafen verwirkt sind. Nach § 14 Abs. 2 Str.G.B. ist der Mindestbetrag einer zeitigen Zuchthausstrafe ein Jahr, d. h. also in einem Einzelfall, in dem etwa nach Wegfall der §§ 44 etc. unbedingt eine Zuchthausstrafe auszusprechen ist, muß diese mindestens eine Dauer von 1 Jahr aufweisen. Daraus erhellt auch, daß eine in Zuchthaus bestehende Einsatzstrafe mindestens 1 Jahr betragen muß. Bei einer Konkurrenz von Zuchthausstrafen ist nach § 74 die Einsatzstrafe von beispielsweise nur 1 Jahr zu erhöhen. § 19 Abs. 2 Str.G.B. bestimmt nun, daß eine Zuchthausstrafe nur nach vollen Monaten bemessen werden darf. Damit ist also in Verbindung mit § 14 Abs. 2 festgelegt, daß in einem Falle, in dem etwa Zuchthaus von 1 plus 1 Jahr verwirkt ist, der über die Einsatzstrafe von 1 Jahr hinausgehende Betrag einen Mindestumfang von 1 Monat aufweisen muß, so daß es demnach nicht statthaft ist,

25. s. dazu Anm. 7, b, β zu § 19 Str.G.B.; Köhler S. 584, E. 36, 141.

in einem solchen Falle Zuchthaus nach Tagen auszusprechen. Damit haben wir gleichzeitig ausgedrückt, daß eine nur aus Zuchthauseinzelstrafen gebildete Gesamtstrafe mindestens eine Höhe von 1 Jahr 1 Monat Zuchthaus erreichen muß.

Weitaus komplizierter gestaltet sich die Gesamtstrafenbildung und damit, was in diesem Zusammenhang besonders interessiert, die Feststellung des unter Umständen zu bildenden Minimums, in den Fällen, in denen als Einsatzstrafe Zuchthaus verwirkt ist, während die anderen Freiheitsstrafen in Gefängnis oder Festungshaft bestehen. Auch hier bedienen wir uns zweckmäßig wieder eines Beispiels. Es sei angenommen, die Einsatzstrafe bestehe in 1 Jahr Zuchthaus, während eine weitere Gefängnisstrafe von 1 Monat verwirkt sei. Nach den bereits entwickelten Grundsätzen ist aus diesen beiden Einzelstrafen eine Gesamtstrafe durch Erhöhung der als Einsatzstrafe festgestellten einjährigen Zuchthausstrafe zu bilden. Um diese Erhöhung vornehmen zu können, ist es zuerst erforderlich, daß die Gefängnisstrafe als die leichtere Strafart in die der Art nach schwere Zuchthausstrafe umgewandelt wird.[26] Die Umrechnung ist nach dem Maßstabe des § 21 Str.G.B. vorzunehmen, so daß also achtmonatiges Zuchthaus einjährigem Gefängnis und achtmonatiges Gefängnis einjähriger Festungshaft gleichzuachten ist, mit anderen Worten es entspricht eine Einheit Zuchthaus eineinhalb Einheiten Gefängnis und eine Einheit Gefängnis eineinhalb Einheiten Festungshaft. In Zahlen ausgedrückt ergibt sich ein Verhältnis der schwereren zur leichteren Strafart wie 2 : 3, bzw. von Zuchthaus zur Festungshaft wie 4 : 9.[27]

Kehren wir nun zu unserem Beispiel zurück, so müssen wir die Gefängnisstrafe von 1 Monat in Zuchthaus umwandeln. Nach dem Maßstab des § 21 Str.G.B. entspricht der einmonatigen Gefängnisstrafe eine Zuchthausstrafe von 20 Tagen. Die Summe der verwirkten Einzelstrafen würde demnach hier 1 Jahr 20 Tage Zuchthaus betragen, doch darf diese Summe bekanntlich nach § 74

26. Ebermayer Anm. 6 zu § 74; Schwartz Anm. 4a zu § 74; Frank 3, b, α zu 74; und die übrige Literatur E 58, 70; Rechtspr. 6, 388.
27. s. dazu auch Olshausen u. Ebermayer Anm. zu § 21 Str.G.B.

Abs. 3 nicht erreicht werden, so daß also die Gesamtstrafe noch unter dem Betrag von 1 Jahr 20 Tagen Zuchthaus herunterzugehen hätte.[28] Wollte deshalb der Richter etwa auf eine Gesamtstrafe von 1 Jahr 10 Tagen Zuchthaus erkennen, so setzt er sich in Widerspruch zu § 19 Abs. 2, nach dem, wie wir gehört haben, Zuchthaus nur in vollen Monaten ausgesprochen werden darf.

Die Regel des § 19 Abs. 2 erleidet aber dort eine Ausnahme, wo der Richter nicht mehr in der Lage ist, die Zuchthausstrafe frei zu „bemessen", sondern vom Gesetz bestimmte Vorschriften für ihre Bemessung empfängt,[29] wie dies bei § 21 Str.G.B. der Fall ist. Ist demnach auf Grund des § 74 eine Gefängnisstrafe in Zuchthaus umzuwandeln, und ergibt die Zuchthausstrafe nach Umwandlung keinen vollen Monat, dann darf die Einsatzzuchthausstrafe auch um den sich ergebenden Bruchteil eines Monat erhöht werden. Als letzte Einheit muß jedoch dieser Bruchteil immer einen vollen Tag haben,[30] ein etwa überschießender Bruchteil eines Tages hat in Wegfall zu kommen.[31] Wenn wir uns nunmehr dieser herrschenden Meinung anschließen, so ergibt sich theoretisch die Möglichkeit, daß bei Konkurrenz von Zuchthaus und Gefängnisstrafen eine Gesamtstrafe von 1 Jahr und 1 Tag Zuchthaus gebildet wird.

Nimmt man vollends an, daß die verwirkte Einzelgefängnisstrafe so klein ist, daß sie nach Umrechnung in Zuchthaus eine geringere Dauer als einen Tag ergeben würde, so hat nach dem Ergebnis der obigen Erwägungen dieser sich ergebende Tagesbruchteil überhaupt wegzufallen. Insoferne verwirklicht sich auch hier die Meinung von Frank, daß die unterste Grenze des Betrages der Gesamtstrafe mit der Höhe der Einsatzstrafe identisch ist.

Zusammenfassend kann als Ergebnis festgehalten werden, daß in der überwiegenden Zahl der Fälle, in denen es zu einer Gesamtstrafenbildung kommt, praktisch der Mindestumfang der Gesamt-

28. s. a. Olshausen Anm. 16 zu § 74; Rechtspr. 6, 388.
29. E: 4, 163; Annalen R. G.: 7. 210.
30. E: 4, 161; Rechtspr. 3, 232; 3, 415.
31. E: 10, 22; 30, 141. So die herrschende Meinung, Ebermeyer I, 1 zu § 19 Str.G.B.; Schwartz Anm. IIa Abs. 2 zu § 19; Allfeld § 45, IV; Frank Anm. II Abs. II zu § 19; Olshausen Anm. 6a zu § 19; andere Meinung: u. a. Finger I. 535.

strafe eine längere Dauer als die Einsatzstrafe aufweisen wird. Die Meinung von Frank darf deshalb nicht ohne weiteres verallgemeinert werden, so daß man sagen könnte Mindestdauer der Gesamtstrafe und Einsatzstrafe seien identisch. Dieser Satz bekommt wie noch später auszuführen sein wird, nur ausnahmsweise Geltung, nämlich dann, wenn die neben der Einsatzstrafe verwirkte weitere Freiheitsstrafe nicht mehr als die Dauer eines Tages erreicht, so daß der Richter bei einer Befolgung des § 19 Abs. II gegen § 74 Absatz III verstoßen würde.

5. Die obere zeitliche Grenze einer Gesamtstrafe.

Nach § 74 Absatz III sind der Gesamtstrafe auch gewisse Höchstgrenzen gesetzt. Das Maß der Gesamtstrafe darf nämlich den Betrag der verwirkten Einzelstrafen nicht erreichen und unabhängig davon auch fünfzehnjähriges Zuchthaus, zehnjähriges Gefängnis oder fünfzehnjähriges Festungshaft nicht übersteigen. Durch diese Bestimmung ist der Höchstbetrag der Gesamtstrafe sowohl relativ, wie auch absolut begrenzt.[32]

a. relatives Höchstmaß.

Relativ ist der Höchstbetrag der Gesamtstrafe dadurch begrenzt, daß die Summe der in einem konkreten Fall verwirkten Einzelstrafen nicht erreicht werden darf, da ja andernfalls die Bildung der Gesamtstrafe nach dem reinen Kumulationsprinzip vorgenommen sein würde. Es ist aber, wie schon festgestellt, gerade die Tendenz des Asperationsprinzips, die Strafe für die mehreren Delikte dadurch in ein entsprechendes Verhältnis zu dem Verschulden des Verurteilten zu bringen, daß die Zeitdauer der einzelnen Strafen um den Betrag vermindert wird, der eine wegen der Aneinanderreihung der Freiheitsstrafen eintretende Progression in der Strafwirkung angemessen auszugleichen vermag. Es muß also auf jeden Fall die Gesamtstrafe an Umfang geringer sein als die Summe der verwirkten Einzelstrafen.

Soweit lediglich Einzelgefängnis- oder Einzelfestungsstrafen verwirkt sind, ergeben sich bei der Gesamtstrafenbildung keine besonde-

32. so Frank, Anm, III b zu § 74.

ren Schwierigkeiten. Sind beispielsweise 2 Gefängnisstrafen von 2 Wochen und 1 Woche verwirkt, so wissen wir, daß die Einzelstrafe von 2 Wochen zu erhöhen ist. Andererseits darf bekanntlich Gefängnis bzw. Festungshaft nur nach vollen Tagen bemessen werden. Endlich darf die Summe der Einzelstrafen nicht erreicht werden. Wir errechnen demzufolge für unser Beispiel die Gesamtstrafe folgendermaßen: Zu der Einsatzstrafe von 2 Wochen muß eine Zusatzstrafe von weniger als einer Woche treten. Nach § 19 Abs. 1 Str. G.B. wird die Woche zu 7 Tagen gerechnet. Da entsprechend § 19 Abs. 2 gegenüber der Summe der Einzelstrafen eine Minderung von mindestens einem Tag vorgenommen werden muß, kommen wir im gegebenen Fall zu einer höchstzulässigen Gesamtstrafe von 2 Wochen = 14 Tage plus 6 Tage zusammen also 20 Tagen.

Allgemein kann daraus der Schluß gezogen werden, daß eine Gesamtstrafe aus mehreren Gefängnis- oder Festungshaftstrafen höchstens einen Umfang erreichen darf, der hinter der Summe der Einzelstrafen um einen vollen Tag zurückbleibt.

Sind lediglich einzelne Zuchthausstrafen verwirkt, so ist bei der nach § 74 Absatz 3 Halbsatz 1 vorgeschriebenen Einschränkung der Strafsumme wiederum auf § 19 Absatz 2 Str.G.B. Rücksicht zu nehmen. Es darf also die Gesamtstrafe nur in vollen Monaten ausgedrückt werden, da, wie festgestellt, dieser Grundsatz keine Ausnahme erleidet, wenn Zuchthausstrafen in Konkurrenz treten. Eine allgemeine Definition des relativen Höchstbetrages einer aus mehreren Zuchthausstrafen zu bildenden Gesamtstrafe kann daher etwa dahingehend formuliert werden, daß die Höhe der Gesamtstrafe um mindestens einen Monat kürzer sein muß, als die Summe der Einzelzuchthausstrafen.

Sind Zuchthaus- und andere Freiheitsstrafen nebeneinander verwirkt, so ist zu beachten, daß die Einzelstrafen nicht lediglich ihrer Strafdauer, sondern ihrem durch § 21 Str.G.B. bestimmten Schwereverhältnis nach in Betracht kommen. Nach Feststellung der Einzelstrafen müssen demnach die in der leichteren Strafart ausgesprochenen Einzelstrafen zuerst in die schwerere Strafart nach dem Maßstabe des § 21 umgerechnet werden.[33] Jst diese Umrechnung

33. Olshausen Anm. 16 zu § 74; Frank Anm. III, b, α zu § 74; E: 9, 314.

erfolgt, so darf der Betrag der Zuchthausstrafe, d. h. der als Einsatzstrafe erkannten plus der durch die Umrechnung sich ergebenden in der auszusprechenden Gesamtstrafe nicht erreicht werden.[34] Beispielsweise sei angenommen, daß als Einzelstrafen 1 Jahr Zuchthaus und 18 Tage Gefängnis festgestellt wurden. Die 18 Tage Gefängnis ergeben, nach § 21 umgerechnet, eine Zuchthausstrafe von 12 Tagen. Es wurde bereits früher dargelegt, daß bei Konkurrenz von Zuchthaus- und Gefängnisstrafen eine Zuchthausstrafe trotz § 19 Absatz 2 auch in Tagen ausgesprochen werden kann. Die Summe der Einzelstrafen ergibt in unserem Beispiel einen Betrag von 1 Jahr und 12 Tagen. Dieser Betrag ist nun, lediglich nach der Zeitdauer gemessen, wohl kürzer als die Strafensumme vor der Umrechnung, stellt aber insoferne noch keine Verminderung der Summe der Einzelstrafen dar, als nach dem Schwerevehältnirs eine Strafe von 1 Jahr Zuchthaus 18 Tagen Gefängnis einer solchen von 1 Jahr 12 Tagen Zuchthaus ganz genau entspricht. An dieser errechneten Gesamtbetragsstrafe ist also noch die nach § 74 Absatz III Halbsatz 1 erforderliche Kürzung vorzunehmen. Da, wie gesagt, ein Strafausspruch nach Tagen hier zulässig ist, ergibt sich der logische Schluß, daß in diesem Falle durch eine Reduzierung der Strafensumme von nur einem Tag dem Erfordernis des § 74 Absatz III Halbsatz 1 Genüge getan wird. Jn unserem Beispiel dürfte demnach eine zu bildende Gesamtstrafe höchstens einen Betrag von 1 Jahr 11 Tagen Zuchthaus erreichen.

Allgemein kann man deshalb den Satz aufstellen: Jn den Fällen einer Konkurrenz von Zuchthaus- mit Gefängnis- oder Festungshaftstrafen muß die Gesamtzuchthausstrafe ihrer Dauer nach um mindestens einen Tag kürzer sein, als die nach Umrechnung der Gefängnis-, bzw. Festungshaftstrafe sich ergebende Gesamtbetragszuchthausstrafe.

b) absolutes Höchstmaß.

Das absolute Höchstmaß der Gesamtstrafe, wie Frank sich zweckmäßig ausdrückt, wird durch § 74 Abs. III Halbsatz 2 vorgeschrieben und zwar derart, daß die Gesamtstrafe fünfzehnjäh-

34. Olshausen u. Frank wie in Anm. 33, Rechtspr. 6, 388.

riges Zuchthaus, zehnjähriges Gefängnis oder fünfzehnjährige Festungshaft nicht übersteigen darf.

Das absolute Höchstmaß einer Gesamtzuchthausstrafe kommt demnach der zeitigen Höchstzuchthausstrafe für ein im Einzelfall zu bestrafendes Delikt gleich, da durch § 14 Absatz 2 Str.G.B. die zeitige Höchstzuchthausstrafe ebenfalls auf 15 Jahre festgesetzt worden ist. Selbst wenn also zwei Einzelzuchthausstrafen von je 15 Jahren verwirkt sind, darf die Gesamtstrafe über die fünfzehnjährige Dauer nicht hinausgehen, so daß also durch § 74 Absatz III der Absatz I außer Kraft gesetzt wird. Davon wird noch später die Rede sein.

Für eine in Gefängnis auszusprechende Gesamtstrafe setzt das Gesetz eine absolute Höchstgrenze von 10 Jahren. Da nach § 16 Absatz 1 Str.G.B. im Einzelfall eine Gefängnisstrafe von höchstens 5 Jahren ausgesprochen werden darf, geht § 74 Absatz III über dieses Maß beträchtlich hinaus. Mit Rücksicht darauf, daß die Gefängnisstrafe als Sühne hauptsächlich für Vergehen gedacht ist, scheint der Höchstbetrag von 5 Jahren für den Einzelfall wohl angemessen. Diese Tendenz des Gesetzes geht auch daraus hervor, daß die Höchtsgrenze dann, wenn die Gefängnisstrafe als Sühne für Verbrechen auftritt, unter Umständen auch im Einzelfall bis zu 10 Jahren erstreckt werden kann. So gestattet dies ausdrücklich § 9 J.G.G., da nach Absatz 2 dieser Bestimmung Zuchthaus gegen Jugendliche überhaupt nicht verhängt werden darf. Es ergibt sich also die Tatsache, daß in Fällen, in denen sich ein Strafmündiger zu verantworten hat, dieser gegebenenfalls eine Erhöhung der Einsatzstrafe bis zu 10 Jahren zu gewärtigen hat, während sich das Gericht bei einem Jugendlichen im Sinne des § 1 J.G.G. bereits mit einer etwaigen Einsatzstrafe von 10 Jahren als Gesamtstrafe im Höchstfalle begnügen muß.[35]

Bei Festungshaft ist für die Gesamtstrafe eine absolute Höchstgrenze von 15 Jahren festgesetzt. Nach § 17 Absatz 2 beträgt der Höchstbetrag der zeitigen Festungshaftstrafe für einen Einzelfall ebenfalls fünfzehn Jahre. Die Höchstmaße für Zuchthaus und Gefängnis stimmen also genau überein. Da in zahlreichen Fällen auch

35. Olshausen Anm. 18 zu § 74; E: 16, 282; 54, 202.

Festungshaft als Sühne für Verbrechen vorgesehen ist, erscheint dieser hohe Strafrahmen für Festungshaft in abstracto gerechtfertigt. Diese Bestimmung des § 74 Absatz 3 wird in der Literatur, wohl wegen der eindeutigen Fassung des Gesetzes, fast unwidersprochen hingenommen. Lediglich Köhler[36] wünscht eine Abweichung vom Gesetz in den Fällen, in denen die Einzelfestungshaftstrafen für bloße Vergehen verwirkt sind. Er schreibt: „Nach dem Wortlaute des § 74 Absatz III besteht kein formelles Hindernis, für drei Zweikampfsvergehen 14 Jahre Festungshaft auszusprechen, während auch für die schwersten drei Vergehen nie über 10 Jahre Gefängnis hinausgegangen werden darf. Die ratio legis ging aber in § 74 Absatz III nicht dahin, die Festungshaft als Vergehensstrafe für die Angeklagten ungünstiger auszugestalten wie die Gefängnisstrafe als Vergehensstrafe. Es wird daher entsprechend der Tendenz des Gesetzes das Höchstmaß der Festungshaftgesamtstrafe bei bloßen Vergehen ebenfalls auf 10 Jahre festzusetzen sein." Es ist nun richtig, daß gerade beim Zweikampf, in dem mit Recht weiteste Kreise eine strafbare Handlung nicht zu erblicken vermögen, die theoretisch bestehende Möglichkeit einer Gesamtstrafe von etwa 14 Jahren Festungshaft eine außerordentliche Härte bedeuten würde gegenüber etwa gewöhnlichen Verbrechern, die wegen mehrerer gemeiner Vergehen nur eine Gesamtstrafe von 10 Jahren, allerdings Gefängnis, zu erwarten haben. Dem kann entgegengehalten werden, daß dieser Erwägung der Richter wohl meistens bei Findung des Strafmaßes Rechnung tragen und selten auf die gesetzlich zulässige Höchstgesamtstrafe erkennen wird. Andererseits muß aber anerkannt werden, daß wegen des verschiedenen Charakters der beiden Strafarten eine fünfzehnjährige Festungshaft einer zehnjährigen Gefängnisstrafe nach dem Maßstabe des § 21 Str.G.B. durchaus entspricht. Handelt es sich darum auf beiden Seiten um begangene Vergehen, so kommen in diesem Sinne die höchstmöglichen Gesamtstrafen einander völlig gleich. Der Unterschied besteht nur darin, daß durch die relativ angenehmere und ehrenvollere Strafart der Festungshaft gegenüber der Gefängnisstrafe eine entsprechend längere Strafdauer herbeigeführt wird. Wenn auch zugegeben

36. Köhler S. 641.

werden muß, daß diese Bestimmung von einem Verurteilten, was die Strafdauer anbelangt, sehr unangenehm empfunden werden mag, so widerspricht dieser Satz dennoch nicht dem Geiste des Strafgesetzbuchs, insbesondere nicht bei Berücksichtigung des § 21. Wenn man dieser Argumentation entgegenhalten wollte, daß dann die Gesamtfestungshaftstrafe für begangene Verbrechen einen noch höheren Rahmen hätte erhalten sollen, so kann dem erwidert werden, daß aus den schon erwähnten Gründen die Ausdehnung einer zeitigen Freiheitsstrafe über die Dauer von 15 Jahren hinaus untunlich erscheint und aus diesem Grunde die Ansetzung eines höheren Gesamtstrafrahmens nicht hat erfolgen können.

Es ist deshalb gerade auch wegen der vollkommen unmißverständlichen Fassung des § 74 Absatz III daran festzuhalten, daß eine aus mehreren Festungshaftstrafen zu bildende Gesamtstrafe theoretisch eine Höhe bis zu 15 Jahren erreichen kann, wenngleich deshalb nicht bestritten werden soll, daß die Anregung von Köhler mindestens de lege ferenda sehr beachtlich erscheint und deshalb einer eingehenden Würdigung unterzogen werden sollte.

In der Praxis gibt es nun noch Fälle, in denen im Strafausspruch über eine fünfzehn- bzw. zehnjährige Höchstgrenze hinausgegangen werden kann. Es sind dies die Fälle, in denen neben den primär verwirkten zeitigen Freiheitsstrafen auch noch auf Geldstrafen zu erkennen ist, die für den Uneinbringlichkeitsfall in Freiheitsstrafe nach § 29 Str.G.B. umzuwandeln sind. Dennoch widerspricht es wohl dem Geiste und dem ganzen System des Strafgesetzbuches, wenn fast die gesamte Literatur diese Fälle als eine Ausnahme von den Bestimmungen über die absolute Höchstgrenze einer Gesamtstrafe bezeichnet.[37] Denn wir sind auf Grund der bisherigen Ausführungen zu dem Ergebnis gelangt, daß eine Gesamtstrafenbildung im technischen Sinne nur erfolgen kann, wenn primär zeitige Freiheitsstrafen verwirkt sind. Nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 78 ist auf mehrere Freiheitsstrafen, die an die Stelle uneinbringlicher Geldstrafen treten, das Kumulationsprinzip anzuwenden. Demnach ist für diese erst ersatzweise erkannten Freiheitsstrafen

37. so Olshausen Anm. 17 Abs. 2 zu § 74; Schwartz 4 b β, Ebermayer, Allfeld u. a.

der § 74 überhaupt nicht anwendbar.[38] Nach herrschender Meinung[39] ist auch eine Vereinigung der Ersatzfreiheitsstrafen mit den in erster Linie ausgesprochenen Freiheitsstrafen zu einer Gesamtstrafe nicht zulässig. Aus diesen Erwägungen geht zweifelsfrei hervor, daß diese Ersatzfreiheitsstrafen mit der Gesamtstrafe im Sinne das Strafgesetzbuchs überhaupt nichts zu tun haben, sondern ein von der Gesamtstrafe völlig getrenntes Erkenntnis bilden, das nur dadurch in eine gewisse nähere Beziehung zu der Gesamtstrafe tritt, daß es in demselben Urteil gefällt wird. Es ist deshalb nach wie vor daran festzuhalten, daß die in § 74 Absatz III festgesetzten Höchstgrenzen einer Gesamtstrafe auf keinen Fall überschritten werden dürfen. Wenn also, wie erwähnt, auch das praktische Ergebnis zu Gunsten der angeführten Literatur zu sprechen scheint, so ist doch mindestens der in den genannten Werken gewählte Ausdruck irreführend.

6. Kollisionsfälle zwischen Mindestbetrag und relativem Höchstmaß einer Gesamtstrafe.

Bereits in früheren Ausführungen sind wir auf Fälle gestoßen, in denen § 74 Absatz 1, also die Bestimmungen über das Gesamtstrafenmindestmaß mit der Regelung des § 74 Absatz III, der das relative Höchstmaß behandelt, in Kollision gerät. Nach der herrschenden Lehre[40] gebührt der Bestimmung des Absatz II unbedingt der Vorrang, dermaßen also, daß das Maß der Gesamtstrafe niemals die Summe der Einzelstrafen erreichen darf. Würde demnach schon bei Verlängerung der Einsatzstrafe auch nur um eine einzige Strafeinheit die Summe der Einzelstrafen erreicht werden, so hat diese Erhöhung überhaupt zu unterbleiben.

Dies kann in zwei Fällen praktisch werden:

a) Es ist beispielsweise neben einer Einsatzgefängnisstrafe eine weitere Gefängnisstrafe von 1 Tag verwirkt. Da nach § 19 Absatz II eine Gefängnisstrafe nur nach vollen Tagen ausgesprochen werden darf, hat hier eine Erhöhung der Einsatzstrafe überhaupt zu

38. so Olshausen Anm. 5 zu § 78.
39. Olshausen wie in 38; Höpfner S. 137; E: 10,285.
40. so Frank Anm. III b zu § 74.

unterbleiben, weil andernfalls die Summe der Einzelstrafen entgegen dem Verbot des § 74 Absatz III erreicht werden würde.[41]

b) Es sei angenommen, daß neben einer Einsatzzuchthausstrafe eine Gefängnisstrafe verwirkt ist, die nach Umrechnung gemäß § 21 eine Zuchthausstrafe von weniger als einem Tag ergeben würde. Denn wir haben zwar gehört, daß in diesem Fall auch Zuchthaus entgegen § 19 Absatz 1 nach Tagen ausgesprochen werden kann, daß aber auch hier die eintägige Strafdauer als letzte Einheit angesehen werden muß, unter die unter keinen Umständen heruntergegangen werden darf.

Auch hier hat also Absatz III des § 74 den Vorrang gegenüber Absatz 1, so daß es auch in diesem Fall bei der Einsatzstrafe als Gesamtstrafe zu bewenden hat.

Aus alledem ergibt sich zusammenfassend, daß das zur Bildung von Gesamtstrafen angewandte Asperationsprinzip grundsätzlich eine Milderung der Strafdauer, dagegen bei Ungleichartigkeit der Einzelstrafen stets eine Schärfung der Strafart mit sich bringt.[42]

7. Die Berücksichtigung von Nebenstrafen bei der Bildung einer Gesamtstrafe.

Jm Jnteresse der Vollständigkeit ist im Rahmen dieser Darstellung auch auf § 76 Str. G.B. einzugehen, der die Behandlung von Nebenstrafen bei einer Gesamtstrafenbildung regelt.[43]

Ueber den Charakter der Gesamtstrafe wird im folgenden Abschnitt noch eingehend zu handeln sein; doch geht aus den bisherigen Ausführungen bereits hervor, daß sie eine einzige, einheitliche Strafe darstellt. Es hätte nun ohne ausdrückliche Bestimmung durchaus in Zweifel gezogen werden können, ob neben ihr die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte ausgesprochen werden dürfe, wenn diese nicht neben allen Einzelstrafen, aus denen die Gesamtstrafe gebildet ist, zulässig war. Daß auch in dem Falle, in dem die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte nur „neben der einen oder anderen" verwirkten Einzelstrafen zulässig oder geboten ist,

41. E: 30, 141; anderer Ansicht nur Kluckhohn in G. S. 48, 460.
42. so auch Frank Anm. III Abs. 3 zu § 74.
43. s. dazu Olshausen Anm. 1 zu § 76.

auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte auch neben der Gesamtstrafe erkannt werden kann, wird gerade durch § 76 Absatz 1 Str. G.B. ausdrücklich festgestellt. Es sei darauf hingewiesen, daß eben dieser Grundsatz auch im § 54 Absatz 3 des Militärstrafgesetzbuches besonders hervorgehoben ist. Das gleiche Prinzip hat nach § 76 2 dann zur Anwendung zu kommen, wenn das Erkenntnis auf Zulässigkeit von Polizeiaufsicht auch nur wegen einer der mehreren strafbaren Handlungen zulässig war.

Aus dem Wortlaut des Gesetzes geht hervor, daß mindestens bei einer Einzelstrafe die Bedingungen vorliegen müssen, die der Ausspruch einer Nebenstrafe voraussetzt. In diesem Zusammenhang muß auf § 32 Str.G.B. verwiesen werden, der diese Voraussetzungen aufzählt. Darnach kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte neben Todesstrafe und, was uns hier interessiert, neben Zuchthaus immer erkannt werden. Dagegen können neben einer Gefängnisstrafe die bürgerlichen Ehrenrechte nur dann aberkannt werden, wenn die Dauer der Gefängnisstrafe drei Monate erreicht und entweder das Gesetz ihren Verlust ausdrücklich zuläßt oder die Gefängnisstrafe wegen Annahme mildernder Umstände an Stelle von Zuchthaus ausgesprochen worden ist.

In ähnlicher Weise schreibt § 38 Abs. I Str.G.B. vor, daß auf Zulässigkeit von Polizeiaufsicht nur dann erkannt werden kann, wenn das Gesetz dies neben einer Freiheitsstrafe ausdrücklich vorgesehen hat.

In § 76 Abs. 2 ist nun eindeutig festgestellt, was dem Sinne nach auch für Absatz 1 zu gelten hat, daß die bezeichneten strafrechtlichen Folgen „neben der Gesamtstrafe" als solchen erkannt werden.[44] Deshalb ist es zulässig, bei der Entscheidung über die Nebenfolgen auch diejenigen Handlungen zu berücksichtigen, die zwar durch die Gesamtstrafe getroffen werden, für die aber neben den dafür festgesetzten Einzelstrafen diese Folgen nicht zulässig wären,[45] das heißt also, daß für die festzusetzende Gesamtdauer unabhängig von den verwirkten Einzelstrafen die Gesamtstrafe maßgebend ist.[46]

44. E: 4, 248.
45. Olshausen Anm. 2 zu § 76; G. A. 53, 437.
46. Köhler S. 641; Eckstein in G. A. 60, 221; E: 36, 88; Ebermayer Anm. 1 zu § 76.

Diese letzteren in der Literatur bezüglich der Dauer des Ehrverlusts gepflogenen Erörterungen sind wohl recht interessant, dürften jedoch eines praktischen Wertes ziemlich entbehren. Denn ist eine Gesamtstrafe aus Gefängnis und Zuchthaus gebildet, so muß die Gesamtstrafe bekanntlich in Zuchthaus ausgedrückt werden. Neben Zuchthaus ist aber Ehrverlust immer zulässig und hat sich nach § 32 2 Str.G.B. in einem Rahmen von 2 bis zu 10 Jahren zu halten. Sind aber mehrere Gefängnisstrafen vorhanden, so muß immer mindestens eine dabei sein, für die der Ehrverlust ausdrücklich vorgesehen ist. Mögen dann die übrigen Gefängnisstrafen noch so hoch sein, der Rahmen bewegt sich in diesem Falle nach § 32 Abs. 2 Str.G.B. immer zwischen 1 und 5 Jahren.

Wenn auch § 76 Str.G.B. ausdrücklich nur von der Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte und Zulässigkeit der Polizeiaufsicht spricht, so geht doch die überwiegende Meinung dahin, daß dessen Grundgedanke auf alle strafrechtlichen Nebenfolgen, insbesondere alle Nebenstrafen anwendbar ist.[47]

III. Der Charakter dee Gesamtstrafe, insbesondere ihr Verhältnis zu den Einzelstrafen.

Nach der herrschenden Meinung ist die Gesamtstrafe eine einheitliche, selbständige Strafe, in welcher die Elemente, aus denen sie sich zusammensetzt, die Einzelstrafen, aufgehen.[48] Durch diese einheitliche Strafe werden die verschiedenen strafbaren Handlungen abgegolten. Daß es sich um eine einheitliche Strafe handeln muß, geht schon aus dem Wortlaut des Gesetzes hervor, das bestimmt, es sei auf e i n e Gesamtstrafe zu erkennen. Daraus folgt auch, daß der verfügende Teil des Urteils, der Tenor, nur die Gesamtstrafe zu enthalten hat, während die Höhe der Einzelstrafen, aus denen die Gesamtstrafe gebildet wurde, aus den Urteilsgründen hervorgehen

47. so Ebermayer Anm. 1 zu § 76, Köhler S. 641; Frank Anm. II zu § 76; Olshausen Anm. 3 zu § 76.
48. Rüdorff-Stenglein, Anm. 9 Abs. 2 zu § 74.

muß, wie dies nach § 267 Abs. 3 Str.Pr.O. ohnehin erforderlich ist.[49]

Lange Zeit herrschte Streit darüber, welche Bedeutung den Einzelstrafen gegenüber der Gesamtstrafe zukomme. Nach der einen Ansicht sind sie nur Rechnungsgrößen,[50] nach der anderen haben sie selbständige rechtliche Bedeutung.[51] Nach der heute herrschenden Meinung haben und behalten die Einzelstrafen eine selbständige Bedeutung, solange die gebildete Gesamtstrafe die Rechtskraft nicht beschritten hat, in den Anwendungsfällen des § 79 Str.G.B. und für die Frage des Rückfalls. Katz[52] stellt für diesen Fragenkomplex folgenden Satz auf: „Die Einzelstrafen sind in Bezug auf Verjährung und Vollstreckung von einander, wie von der Gesamtstrafe unabhängig; die Gesamtstrafe ist zwar ein selbständiger Teil des Urteils, ihre Rechtskraft ist aber von der Rechtskraft sämtlicher von ihr umfaßten Einzelstrafen abhängig." Das Verhältnis der Einzelstrafen zu der Gesamtstrafe gewinnt seine besondere Bedeutung für die Frage der relativen Rechtskraft. Das Reichsgericht hat ursprünglich angenommen, daß die Einzelstrafen nur Rechnungsfaktoren für die Bildung der Gesamtstrafe wären und deshalb mit der Aufhebung der letzteren wegfielen.[53] Darnach wäre, wenn ein Urteil infolge eines Rechtsmittels des Angeklagten aufgehoben würde, zwar auf keine höhere als die frühere Gesamtstrafe zu erkennen, in Bezug auf die Einzelstrafen aber der Richter in keiner Weise gebunden, und würde, wenn das Revisionsgericht die Feststellung einzelner strafbarer Handlungen aufhebt, die Gesamtstrafe, weil ein aus unselbständigen Teilen bestehendes Ganze bildend, in sich zusammenfallen.[54] Das Reichsgericht hat später seine Ansicht geändert und den Einzelstrafen eine selbständige, rechtliche Bedeutung zugesprochen.[55]

49. gleicher Meinung: Liszt-Schmidt § 73. II Abs. 2, Rosenblatt S. 56; Fingrr S. 546; Allfeld S. 299; Schwartz Anm. 5 zu § 74; Olshausen Anm. 11 zu § 74; Ebermayer Anm. 5 zu § 74; E: 25, 297; 44. 302. A. Ansicht nur: Frank Anm. IV zu § 74.
50. E: 2, 202; Rechtspr. 7,378.
51. u. a. E: 4, 140; 25, 297; 26, 167; R. G. in G. A. 551, 316.
52. Katz in G. S. 36, 589.
53. E, 2, 202.
54. so Schwartz Anm. 5 Abs. 2 zu § 74; Liszt-Schmidt 281, N 1.
55. so auch Olshausen Anm. 20 zu 74, Frank Anm. IV. zu § 74.

Wird also auf die Revision gegen ein Urteil, welches wegen mehrerer selbständiger Handlungen eine Gesamtstrafe festgesetzt hat, die Feststellung nur wegen einer oder einzelner dieser Handlungen aufgehoben, so bleiben die für die anderen Handlungen verhängten Strafen als solche bestehen, falls nicht die Annahme begründet erscheint, daß die als vorliegend angenommene Konkurrenz schon die Bemessung der Einzelstrafen beeinflußt hat.[56]

Richtig folgert Frank aus obigem Ergebnis, daß die Aufhebung einer falsch berechneten Gesamtstrafe die Einzelstrafen nicht berührt und daß, wenn etwa die Einsatzstrafe im Gnadenwege erlassen wird, die daneben ausgesprochene mildere Einzelstrafe unverkürzt zu vollziehen ist.

Dagegen zieht er einen falschen Schluß, wenn er behauptet, die Vollstreckungsverjährung des § 70 Str.G.B. sei nicht nach der Gesamtstrafe, sondern nach den Einzelstrafen zu berechnen. Denn, wie festgestellt, gehen die Einzelstrafen in der Gesamtstrafe auf und erlangen nur dann noch einmal eigene Bedeutung und leben wieder auf, wenn im Sinne der obigen Ausführungen eine Nachprüfung des Urteils notwendig werden sollte.[57]

56. E: 25,297; 26, 167.

57. so die herrschende Lehre u. a.: Ebermayer Anm. 5 zu § 70. Schwartz Anm. 4. zu § 70; Olshausen Anm. 7 zu § 70; Köhler S. 678 =: „Gesamtstrafen verjähren einheitlich E: 60, 207.

II. Abschnitt.

Die Bestimmungen des § 79 Str.GB.

§ 4.

§ 79 und seine Motivierung.

Wenn wir uns nunmehr dem § 79 Str.G.B. selbst zuwenden, so wird es sofort auffallen, daß die rein sprachliche Fassung dieser Bestimmung eine äußerst unglückliche und verworrene ist. Er lautet nämlich: „Die Vorschriften der §§ 74 bis 78 finden auch Anwendung, wenn, bevor eine erkannte Strafe verbüßt, verjährt oder erlassen ist, die Verurteilung wegen einer strafbaren Handlung erfolgt, welche vor der früheren Verurteilung begangen war".

Unsere bisherigen Ausführungen haben sich mit den Fällen befaßt, in denen mehrere Freiheitsstrafen, die gegen denselben Täter auszusprechen sind, dadurch in Konkurrenz treten, daß sie Gegenstand ein und desselben Verfahrens werden. Dagegen, daß Frank[1] dafür den besonderen Ausdruck der „Realkonkurrenz im engeren Sinn" prägt, kann wegen der zweckmäßigen Kürze keine Erinnerung bestehen. Dieser neue Ausdruck deutet aber notwendig auf einen Gegensatz hin, die „Realkonkurrenz im weiteren Sinn". Aus dem Zusammenhang geht schon hervor, daß hier verschiedene Einzelstrafen in Konkurrenz treten, obwohl sie nicht, wie im Regelfall, in einem einzigen Verfahren ausgesprochen werden sollen. Die Erklärung, die Frank[1a] auch diesem Begriff widmet, stimmt im wesentlichen mit den Ausführungen überein, die die übrige Literatur in diesem Zusammenhange macht.

Die Motivierung der Realkonkurrenz i. e. S. zerfällt logischerweise in 2 Teile:

1. Frank Anm. I zu § 79.
1a) Frank Anm. I zu § 79.

a) Da auch im Falle des § 79 eine Gesamtstrafe gebildet werden soll, so gelten hier für die Bildung dieser Gesamtstrafe als solcher natürlich die gleichen Beweggründe, die auch für die Bildung in den Fällen der „Realkonkurrenz im engeren Sinn" maßgebend und bestimmend sind. Da in dieser Hinsicht bereits im I. Abschnitt ausführlich gehandelt ist, erübrigt es sich, darauf an dieser Stelle nochmals einzugehen.

b) Einer weiteren Motivierung bedarf aber die Anwendung der Vorschriften über die Gesamtstrafenbildung in den Fällen des Aufeinanderfolgendes mehrerer Strafurteile gegen dieselbe Person, jedoch in verschiedenen Verfahren. Der Grundgedanke ist folgender: Es soll ein Angeklagter nicht deshalb zu Schaden kommen und von der Anwendung der Gesamtstrafenbestimmungen ausgeschlossen werden, weil Straffälle, die nach ihrer Begehungszeit bereits bei der ersten rechtskräftig gewordenen Aburteilung der gemeinschaftlichen Erledigung fähig waren und die Vereinigung zu einer Gesamtstrafe erlaubten, zufällig in getrennten, zeitlich aufeinanderfolgenden Prozessen abgeurteilt wurden.[2] Wenn man demnach bedenkt, daß die Aburteilung von Delikten, deren Erledigung in einem einzigen Verfahren nach ihrer Begehungszeit nichts im Wege stünde, häufig von Zufälligkeiten, Zweckmäßigkeitsgründen oder davon abhängt, daß die Anklage auf sämtliche, vorliegende Delikte erstreckt wird, so wäre es tatsächlich eine außerordentliche Härte gegen einen Angeklagten, ihn der Vergünstigungen der §§ 74—78 für verlustig zu erklären, auf die er gerade wegen der zeitlichen Lage der von ihm begangenen Delikte eigentlich einen Anspruch hätte, eine Härte, die umso unangebrachter wäre, als er auf die Herbeiführung einer gleichzeitigen Aburteilung in der Regel keinen maßgebenden Einfluß haben wird.

2. Köhler S. 636.

§ 5.

Voraussetzungen für eine Anwendung des § 79 Str.G.B.

Da § 79 direkt auf die Bestimmungen der §§ 74—78 verweist, so ergibt sich daraus logischerweise, daß auch zur Anwendung des § 79 das Vorliegen verschiedener Voraussetzungen notwendig ist, ohne die auch im Regelfall der Realkonkurrenz im engeren Sinn eine Gesamtstrafe nicht gebildet werden kann. Demnach ist auch hier an der Grundvoraussetzung festzuhalten, daß mehrere Verbrechen oder Vergehen von ein und derselben Person begangen sind und diese mit Einzelfreiheitsstrafen belegt werden sollen, die ihrem Charakter nach zur Gesamtstrafenbildung überhaupt herangezogen werden können.

Um bei der eingehenden Würdigung des § 79 den Schwierigkeiten, die sich durch die Zusammenfassung der sämtlichen Bestimmungen in einem Satzgebilde ergeben, einigermaßen zu entgehen, wird im Folgenden entsprechend der Einteilung Olshausens[1] in der Weise vorgegangen werden, daß sich der ganze Prozeß, der sich bei der Gesamtstrafenbildung abspielt, in seinen einzelnen Stufen in der zeitlichen Reihenfolge der Ereignisse geschildert wird.

Darnach ergeben sich folgende Voraussetzungen:

1. Begehung einer oder mehrerer strafbarer Handlungen und nachfolgende Verurteilung wegen eines anderen Delikts.
2. Aburteilung der zuerst begangenen Delikte, jedoch vor vollständiger Erledigung der früher erkannten Strafe.

I. Begehung einer oder mehrerer strafbarer Handlungen und nachfolgende Verurteilung wegen eines anderen Delikts.

Durch die vorhergehende Einteilung, insbesondere dadurch, daß wir von einer „nachfolgenden Verurteilung" sprechen, bringen wir schon den Gedanken des Gesetzes zum Ausdruck, daß die zunächst

1. Olshausen, Anm. 2 zu § 79.

genannten strafbaren Handlungen bereits begangen sein müssen, bevor die in Frage stehende erste Verurteilung erfolgt war.

Die zeitliche Reihenfolge der einzelnen Ereignisse, die zur nachträglichen Bildung einer Gesamtstrafe führen sollen, ist nunmehr die, daß in erster Linie eine oder mehrere strafbare Handlungen begangen sein müssen. Im einfachsten Falle haben wir zunächst eine einzige strafbare Handlung vorliegen. Die Existenz mindestens eines Delikts ist notwendig deshalb, weil ohne dessen Vorliegen eine Konkurrenz mit den anderen Strafen, die noch auszusprechen sein werden, überhaupt nicht zustandekommen würde. Das Gesetz spricht nun zwar von der Verurteilung wegen „einer" strafbaren Handlung, aber es ergibt sich schon mindestens aus dem Sinn des § 79 mit Rücksicht auf seine praktische Anwendbarkeit, daß ebenso zu verfahren ist, wenn zuerst schon mehrere strafbare Handlungen begangen sind. Denn die Verurteilung wegen dieses einen oder der mehreren Delikte folgt, wie noch später auszuführen sein wird, der Verurteilung wegen anderer Delikte nach. Ist also bereits ein Urteil gefällt und findet der Prozeß wegen der zuerst begangenen Delikte erst später statt, so ist es grundsätzlich gleichgültig, ob zur Aburteilung ein oder mehrere strafbare Handlungen stehen. Denn wenn schon einmal die Voraussetzungen zur Bildung einer Gesamtstrafe aus den Strafen der ersten Aburteilung und den Strafen aus dem gegenwärtigen Prozeß gegeben sind, so sind nach unseren bisherigen Erfahrungen immer die für jedes einzelne Delikt auszusprechenden Einzelstrafen maßgebend. Ob dies dann nur eine weitere, oder gleich mehrere Einzelstrafen sind, ist nicht mehr von Bedeutung. Unbedingt erforderlich ist nur der neuerliche Strafausspruch wegen einer bereits früher begangenen strafbaren Handlung, damit eine Strafenkonkurrenz überhaupt in Erscheinung tritt.

Das nächste Ereignis nach seiner zeitlichen Reihenfolge ist dann die Verurteilung wegen eines von den soeben besprochenen Delikten verschiedenen strafbaren Handlung und zwar zu einem Zeitpunkt, in dem diese Delikte bereits begangen waren. In der Zeit, in der die Gesamtstrafenbildung nach § 79 aktuell wird, muß diese Verurteilung bereits erfolgt, also schon im Strafausspruch getätigt sein. Wir haben hiemit insoferne eine mit Rücksicht auf die §§ 74—78 von der Selbstverständlichkeit abweichende Feststellung getroffen,

als damit angedeutet wird, daß es nicht eine Anwendung des § 79 rechtfertigt, wenn die mehreren Urteile in demselben Strafverfahren nur in verschiedenen Instanzen ergehen.[2]

In der Literatur herrscht Einmütigkeit darüber, daß es ohne Belang ist, ob die verschiedenen Strafverfahren bei demselben Gericht stattfinden oder sich auf verschiedene Gerichte verteilen.[3] Nach herrschender, heute wohl unbestrittener Meinung spielt es auch keine Rolle, ob diese erste in Frage stehende Verurteilung von einem Gericht desselben Bundesstaates, oder von dem Gericht eines anderen Bundesstaates vorgenommen war, dessen Gericht das zweite Verfahren zu erledigen und die Gesamtstrafenbildung zu erledigen haben wird, denn alle deutschen Gerichte haben den § 79 anzuwenden und müssen demnach auch die Urteile aller deutschen Gerichte berücksichtigen.[4]

Einig sind sich Wissenschaft und Praxis auch in dem Punkte, daß die erste Verurteilung eine von einem inländischen Gericht ausgesprochene sein muß, daß also eine von einem ausländischen Gericht vorgenommene Verurteilung auch bei Vorliegen aller sonstigen Voraussetzungen nicht zur Bildung einer Gesamtstrafe nach § 79 herangezogen werden kann.

Denn die Verwendung einer im Ausland erfolgten Verurteilung ist deshalb abzulehnen, weil schon zwischen einer auf Grund eines ausländischen Strafgesetzes erkannten Strafe und einer solchen des deutschen Strafgesetzbuchs ein Vergleichungsmaßstab häufig nicht zu gewinnen sein wird. Weiterhin ist zu beachten, daß ausländische Urteile sogar für die Straferhöhung beim Rückfall außer Betracht bleiben, obgleich es dabei nur auf die Bestrafung und Verbüßung überhaupt, nicht aber auf die Beschaffenheit der erkannten Strafe ankommt. Endlich ist zu berücksichtigen, daß die Anwendung der §§ 74—78 im Falle des § 79 unter Umständen eine vollkommene Aenderung der früheren Straffestsetzung, bzw. der bereits begonnenen Strafvollstreckung mit sich bringen würde. Es braucht nicht besonders hervorgehoben zu werden, daß dies einen ganz erheb-

2. Olshausen, Anm. 1 Abs. 1 u. Schwartz, Anm. 2 zu § 79.
3. Schwartz Anm. 2 zu § 79; Binding Grdr. § 110 N. 3.
4. Olshausen, Anm. 5 zu § 79; Merkel in H. H. IV 233; E: 49, 91; Olshausen Einfluß S. 43; Schwartz Anm. 2 zu § 79.

lichen Eingriff in die Jusitzhoheit eines anderen Staates darstellen würde, der in der Praxis sich nicht würde durchführen lassen. Betrachtet man die Angelegenheit vom Standpunkt des deutschen Gerichtes aus, so kann man diesem wiederum nicht zumuten, als Organ einer ausländischen Justizgewalt tätig zu werden.[5] Aus obigem geht hervor, daß ein ausländisches Urteil zur Bildung einer Gesamtstrafe auch dann nicht verwendet werden kann, wenn die von dem ausländischen Richter erkannte Strafe sich in ein Verhältnis zu den Strafen unseres Strafgesetzbuchs bringen ließe.[6]

In der Literatur wird noch die Frage aufgeworfen, ob die erste Verurteilung für einen Tatbestand des Reichsstrafgesetzbuchs erfolgt sein müsse, oder ob es auch angängig sei, eine Strafe, die auf Grund einer anderen Strafnorm ausgesprochen ist, zur Gesamtstrafenbildung heranzuziehen. Wohl mit Recht hebt Olshausen[7] in diesem Zusammenhang hervor, daß es hier nicht mehr auf die strafbare Handlung selbst, vielmehr auf die bereits erkannte Strafe als solche ankomme. Es ist in dieser Beziehung nur wichtig, ob die bereits erkannte Strafe zu der noch auszusprechenden in ein Verhältnis zu bringen ist. Läßt sich ein Vergleichsmaßstab zwischen der auf Grund eines anderen Strafgesetzes erkannten Strafe und der nach dem Reichsstrafgesetzbuch noch auszusprechenden Strafe finden, so steht der Anwendung des § 79 nichts im Wege.

II. Aburteilung der zuerst begangenen Delikte, jedoch vor vollständiger Erledigung der früher erkannten Strafe.

An den Tatbestand der „früheren Verurteilung" knüpft sich eine Reihe von Fragen, die im Folgenden angemessen erörtert werden sollen. An die Spitze ist das Erfordernis des Gesetzes zu stellen, daß die Tat, deretwegen das zweite Verfahren durchgeführt wird, zu einem Zeitpunkt begangen sein muß, der vor der Verurteilung in dem ersten Prozeß gelegen sein muß. Demnach kommt eine Anwendung des § 79 von vorneherein nicht in Frage, wenn die Tat,

5. Olshausen Anm. 4 zu § 79; Olshausen Einfluß S. 42, 43; ähnlich Binding Grdr. § 110 N. 3; Höpfner 2, 143; Merkel in H. H. IV 233; May in G.A. 57, 162.
6. so bes. Schwartz, Anm. zu 2 § 79.
7. Olshausen, Anm. 3 zu § 79.

die in dem zweiten Verfahren zur Aburteilung steht, erst nach der ersten Verurteilung begangen ist.[8] Schiebt sich also zwischen die Begehung mehrerer Delikte eine Aburteilung ein, so ist Realkonkurrenz in keinem Sinne gegeben und eine Anwendung der Gesamtstrafenbestimmungen ausgeschlossen. Der Gesetzgeber hat dabei auch dem Umstande keine Rechnung getragen, daß die in der ersten Verurteilung ausgesprochene Strafe noch zu verbüßen ist.[9] Es entspricht eben der ganzen Tendenz der Gesamtstrafe, daß der Täter sich bereits die erste Aburteilung hätte zur Warnung dienen lassen sollen. Ist dieser Strafzweck mit dem ersten Urteil nicht erreicht worden, hat der Täter sich also nach diesem Erkenntnis wiederum gegen das Strafgesetz vergangen, so ist ihm vom Gesetzgeber, wohl mit Recht, die Vergünstigung der Gesamtstrafe entzogen worden.

Nach § 35 Str.Pr.O. werden nun Entscheidungen, die in Anwesenheit der davon betroffenen Person ergehen, derselben durch sofortige Verkündung bekannt gemacht, während sie von anderen Entscheidungen durch Zustellung in Kenntnis zu setzen sind. In der Regel wird eine Verurteilung bei Anwesenheit des Angeklagten erfolgen. Nach herrschender Meinung ist für die Feststellung des Zeitpunktes der ersten Verurteilung im Sinne des § 79 die Verkündung des auf Strafe lautenden Urteils maßgebend.[10] Ist nach § 233 Str.Pr.O. der Angeschuldigte vom Erscheinen in der Hauptverhandlung entbunden worden, so gilt als der maßgebende Zeitpunkt derjenige, an dem ihm das Urteil entsprechend § 35 Abs. 2 Str.Pr.O. zugestellt worden ist. Die Zeit der Zustellung ist auch maßgebend, wenn die Strafe durch Strafbefehl oder in ähnlicher Weise festgesetzt worden ist.[11] Damit, daß wir nun festgestellt haben, daß die zeitliche Grenze für die Heranziehung strafbarer Handlungen zu einer Gesamtstrafenbildung der Zeitpunkt der Verkündung bzw. der Zustellung des Erkenntnisses der zuerst durchgeführten Strafverfolgung darstellt, haben wir noch nicht Stellung genommen zu der

8. Rechtspr. 1, 761.
9. Frank, Anm. I. Abs. 2 zu § 79.
10. so insbes.: E: 3, 213; Annalen R.G.: 3,131.
11. Olshausen Anm. 6 zu § 79; Frank Anm. I Abs. 2 zu § 79; Schwartz Anm. 3 zu § 79, May in G.A. 57, 328; Bay. Oberst. L.G. 1, 225.

Frage, welches Urteil maßgebend ist, falls mit Aburteilung der den Gegenstand des ersten Verfahrens bildenden Delikte in erster Instanz diese strafbaren Handlungen nicht ihre Erledigung gefunden haben, so daß sich damit noch höhere Instanzen zu beschäftigen haben. Zur Lösung dieser Frage versetze man sich in die Lage des Richters, der das Urteil in dem späteren Verfahren zu fällen und dabei auch über die Gesamtstrafenbildung zu entscheiden hat. Dieser zweite Richter soll nämlich die Sache so ansehen, als ob bereits dem früher urteilenden Richter die Tatsache der Konkurrenz und damit der Fall in seiner Gesamtheit, in der Gleichzeitigkeit der Aburteilung sämtlicher Delikte vorgelegen habe. Nun konnte aber der erste Richter nur dann an eine Gesamtstrafenbildung denken, wenn die gleichzeitige Aburteilung für ihn überhaupt möglich war. Diese Möglichkeit war aber ausgeschlossen, wenn eine Tat zu einem Zeitpunkt verübt wurde, die seinem Urteil erst nachfolgt.

Da durch § 79 nicht ein ganz neues Prinzip aufgestellt, sondern nur das Gebiet des § 74 durch die Ermöglichung seiner nachträglichen Anwendung erweitert wurde, so hat natürlich auch bei dieser Konstruktion der Zeitpunkt der Urteilsfällung als die notwendige zeitliche Grenze zu gelten.[12] Diese Konstruktion entspricht auch im wesentlichen dem Gedanken des § 66 des Entwurfs von 1927 und dessen Motiven, daß die Sache für den Angeklagten bei der zweiten Aburteilung in die Lage gebracht werden soll, als ob beide Taten durch die erste Entscheidung mit Strafe belegt worden wären, da durch die Verübungszeit eine einheitliche Aburteilungsmöglichkeit bestanden und deshalb schon bei der ersten Verurteilung der ganze Anklagestoff vorgelegen habe.[13]

Bei konsequenter Anwendung des soeben entwickelten Grundsatzes kann man sich unschwer eine Meinung darüber bilden, welches Urteil, bzw. das Urteil welcher Instanz für die Gesamtstrafenbildung als maßgebend anzusehen ist.

12. Schwartz Anm. 3 zu § 79.
13. Ebermayer Anm. 1 zu § 79; Frank Anm. I zu § 79; Olshausen Anm. 6 zu § 79; Olshausen Einfluß S. 50/51; Finger S. 550; Köhler S. 636; Binding Grdr. § 110, IV 6; Allfeld, § 58, V 1 u. N 24, S. 299, 300; E.: 3, 213; 24,185; 46,179.

Vollkommen zweifelsfrei ist die Lage, wenn gegen ein erstinstanzielles Urteil kein Rechtsmittel eingelegt, oder ein etwa eingelegtes Rechtsmittel zurückgenommen oder als unzulässig verworfen wurde. Hier kann nur das erstinstanzielle Urteil maßgebend sein, da ein weiteres Urteil in derselben Sache überhaupt nicht existiert.

Zweifelhaft wird die Angelegenheit, wenn gegen ein Urteil Berufung eingelegt ist. Nach § 328 Absatz 1 der Str.Pr.O. hat das Berufungsgericht in der Regel unter Aufhebung des Urteils erster Instanz in der Sache selbst zu erkennen. Es sind also tatsächlich zwei Urteile in derselben Sache aus verschiedenen Instanzen vorhanden, die zeitlich auseinanderliegen. Olshausen[14] meint nun, wenn die Berufung durchgeführt, also über die Tat selbst entschieden wird, so sei für die Frage des § 79 die vor dem Berufungsgericht abgehaltene, neue Verhandlung maßgebend, gleichgültig, ob dieses Gericht die Tat rechtlich anders würdigt, ob es die Strafe ändert oder die Berufung verwirft. Bringen wir nun den Fall einer Berufungsverhandlung mit der oben entwickelten Tendenz des § 79 in Verbindung, so entsteht folgendes Ergebnis: Der spätere Richter hat den Fall so anzusehen, als ob schon dem ersten Richter die Gesamtheit der Delikte zur Aburteilung vorgelegen hätte. Ist nun ein erstinstanzielles Urteil ergangen, so wären für gewöhnlich die nachher begangenen Delikte für eine Anwendung des § 79 verloren. Wird nun gegen das Urteil Berufung eingelegt, so ist, wenigstens im Regelfall, vom Berufungsgericht dieses erstinstanzielle Urteil aufzuheben, es verschwindet also vollkommen von der Bildfläche. Wenn aber ein Urteil als nicht existent betrachtet wird, so können selbstverständlich nach diesem, rückwirkend vom Dasein gestrichenen Urteil auch keine strafbaren Handlungen mehr begangen werden. Ein wirksames Urteil tritt erst wieder mit der Entscheidung des Berufungsgerichtes auf den Plan. Es ist demnach daran festzuhalten, daß im Falle einer durchgeführten Berufungsverhandlung das vom Berufungsgericht ausgesprochene Urteil als das für die Gesamtstrafenbildung maßgebende anzusehen ist.[15] Sind deshalb nach dem tatsächlich zwar ausgesprochenen, rechtlich aber nicht mehr existenten Urteil erster

14. Olshausen, Anm. 6 Abs. 2 zu § 79.
15. E: 3,213; 6,283; 7,298; 15,29; 18,333; 24,185; Rechtspr. 3,253.

Instanz, jedoch vor dem nach durchgeführter Berufungsverhandlung ergangenen Urteil zweiter Instanz von dem Täter noch strafbare Handlungen begangen worden, so gelten diese, da das Berufungsurteil das maßgebende ist, doch als „vor der früheren Verurteilung" im Sinne des § 79 begangen, können also von dem Richter des später durchzuführenden Verfahrens zur Gesamtstrafenbildung herangezogen werden.[16]

Es ist weiterhin zu prüfen, ob im Falle der Einlegung der Revision das angefochtene oder das auf Grund der erfolgreich betriebenen Revision gefällte Urteil, das maßgebende ist. Bei der Beurteilung dieses Tatbestandes hat man wieder von dem Grundsatz auszugehen, daß der in dem zweiten Verfahren amtierende Richter den Fall so beurteilen solle, als ob er sich an der Stelle des ersten Richters befände und ihm bereits sämtliche Delikte in ihrer Gesamtheit vorlägen. Wurde nun eine eingelegte Revision verworfen oder zurückgenommen, so ist in der betreffenden Angelegenheit überhaupt nur ein Urteil, bzw. wenn bereits vorher Berufung eingelegt war, das Berufungsurteil (s. o.) ergangen. Dieses Urteil muß selbstverständlich dann als das für die Gesamtstrafenbildung allein maßgebende gelten und behandelt werden. Ist dagegen die Revision von Erfolg begleitet, so ist nach § 353 Absatz 1 der Str.Pr.O. das angefochtene Urteil vom Revisionsgericht aufzuheben. Je nach Lage des Falles wird dann das Revisionsgericht in Anwendung des § 354 Str.Pr.O. entweder in der Sache selbst entscheiden oder die Angelegenheit zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das Gericht, dessen Urteil aufgehoben ist oder ein diesem benachbartes Gericht gleicher Ordnung zurückverweisen. Bei beiden Alternativen wird aber immer eine neue Entscheidung in Gestalt eines Urteils ergehen müssen, da das angefochtene Urteil das Bestehen vollkommen aufgehört hat, wird das auf die Revision hin erfolgende, auf Strafe lautende Urteil gewissermaßen das erste, das rechtlich in Erscheinung tritt.

Nach der herrschenden Meinung ist daher auch im Falle der Einlegung der Revision lediglich dieses im neuen Verfahren erge-

16. s. Finger S. 551; Schwartz Anm. 3 zu § 79; Ebermayer Anm. 2 zu § 79, May in G.A. 57,324; E: 4,53; 18,333; 32,7; 33,231.

hende, auf Strafe lautende Urteil maßgebend und die vor diesem Urteil liegenden Straftaten sind, auch wenn sie nach dem aufgehobenen und daher rechtlich nicht mehr vorhandenen Urteil begangen sind, für die Bildung einer Gesamtstrafe durch ein späteres Urteil gemäß § 79 Str.G.B. zu berücksichtigen.[17] Dieser Meinung schließt sich auch Höpfner[18] an. Auch er hebt hervor, daß bei Vorliegen von Rechtsmittelurteilen das in der Rechtsmittelinstanz ergangene Urteil maßgebend sei, da es auf die gültige, nicht aber auf die aufgehobene Verurteilung ankomme. Und wäre bei der früheren g ü l t i g e n Verurteilung die in dem zweiten Verfahren zu behandelnde Tat bekannt gewesen, so hätte schon damals unter den Voraussetzungen des § 74 Str.G.B. auf eine Gesamtstrafe erkannt werden müssen. Nach herrschender, ja unbestrittener Meinung kann jedoch § 79 keine Anwendung finden, wenn die Tat nach einer Verurteilung erfolgte, bezüglich derer ein Wiederaufnahmeverfahren stattfand, gleichgültig, ob dieses zur Aufhebung der früheren Verurteilung geführt hat oder nicht.[19] Denn dadurch, daß die Sache mittels eines Wiederaufnahmeverfahrens einer neuen Prüfung unterzogen wird, wird das erste Urteil nicht aufgehoben und bleibt vollzugsreif. Das alte Urteil wird ja auch aufrechterhalten, soferne in dem neuen Verfahren die Schuld des Verurteilten erwiesen wird. In diesem Falle bleibt also immer das erste Urteil maßgebend.[20]

Grundsätzlich kann demnach gesagt werden, daß in den Fällen, in denen ein erstinstanzielles Urteil mit Erfolg angefochten worden ist, so daß es zu einer Aufhebung des alten Urteils und einer neuen Entscheidung zur Sache gekommen ist, immer das in der höheren Instanz ausgesprochene Urteil maßgebend ist. Nach dem Zeitpunkt des Erlasses dieses Urteils ist demzufolge auch die Frage zu beurteilen, ob ein Delikt noch zur Gesamtstrafenbildung nach § 79 Str.G.B. herangezogen werden kann.

17. so Schwartz Anm. 3 zu § 79; Ebermayer Anm. 2 zu § 79; Finger I, 551; May in G.A: 57,324; Allfeld S. 300, Anm. 22; E: 4,53; 18,333; 32,7 33,231; 53,145; RMG. 2,261. Anderer Meinung: teilweise: Olshausen Anm. 6 zu § 79; E: 59, 68; Köhler S. 637; Binding Grdr. § 110.
18. Höpfner Seite 143, Anm. 28.
19. Olshausen Anm. 6 zu § 79.
20. Ebermayer Anm. 2 zu § 79; E: 33,231. Rechtspr. 8,253.

Unsere obige Feststellung, daß das auf Strafe lautende Urteil mit seinem Ausspruch die zeitliche Grenze für die Einbeziehung von Delikten zur Gesamtstrafenbildung darstellt, wird in der Literatur noch mit einem Hinweis darauf versehen, daß die zeitliche Grenze eventuell erst durch den Zeitpunkt gezogen werden könnte, in dem das ausgesprochene Urteil die Rechtskraft beschreitet. Dieser Einwand hat für den ersten Augenblick zweifellos etwas Bestechendes für sich. Denn da es im Strafprozeß ein der zivilprozessualen vorläufigen Vollstreckbarkeit von Urteilen ähnliches Institut nicht gibt, vielmehr alle Urteilsfolgen, soweit sie nicht Sicherungsmaßregeln betreffen, die Rechtskraft des Urteils voraussetzen, so würde „Verurteilung" nur als „rechtskräftige Verurteilung" zu verstehen sein, mit der Folge, daß § 79 nur dann ausgeschlossen sein würde, wenn das später abzuurteilende Delikt nach der Rechtskraft des früheren Urteils begangen wäre. Diese Ansicht wurde von dem früheren preußischen Obertribunal vertreten. Dieser Meinung kann jedoch nicht beigetreten werden, vielmehr ist an dem Grundsatz festzuhalten, daß die Grenze für die zeitliche Anwendung des § 79 nicht erst durch die Rechtskraft, sondern bereits durch die Verkündung bzw. Zustellung des früheren Straferkenntnisses bestimmt wird. Die Folge davon ist, daß die nach der Verkündung, wenn auch schon vor Eintritt der Rechtskraft verübten Delikte nicht durch § 79 beherrscht werden, sondern selbständig mit der regelmäßigen, ordentlichen Strafe zu belegen sind.[21] Der in der Entscheidung des Reichsgerichts (3,213) ausführlich gegebenen grammatikalischen und historischen Auslegung des Gesetzes steht auch noch der innere Grund zur Seite, daß die Tatsache eines verurteilenden Ausspruchs von weiteren Straftaten in erhöhtem Maße abmahnen soll, während durch Erstreckung der „Begehung" der Tat bis zum Eintritt der Rechtskraft derjenige Angeklagte, der durch Einlegung von Rechtsmitteln den Eintritt derselben hinauszieht, sich die mildere Beurteilung nach § 79 auf längere Zeit sichern könnte, dagegen derjenige, der durch Verzicht auf Rechtsmittel sich der Strafe unterwirft und sie verbüßt, gleicher Vergünstigung verlustig gehen würde.

21. Schwartz Anm. 3 zu § 79; Ebermayer Anm. 2 zu § 79; Olshausen Anm. 6 zu § 79; E: 3,213; Rechtspr. 1,761.

Eine andere, von der soeben behandelten scharf auseinanderzuhaltende Frage ist die, ob es zu einer Anwendung des § 79 unbedingt erforderlich sei, daß das erste auf Strafe lautende Urteil zur Zeit der späteren Aburteilung bereits rechtskräftig geworden ist, oder ob der zweite Richter auch dann nach § 79 zu verfahren hat, wenn zur Zeit der Fällung seines Urteils der frühere Strafausspruch der Rechtskraft noch entbehrt. Es leuchtet nun ohne weiteres ein, daß ein rechtskräftiges Urteil ungleich geeigneter ist, als Grundlage einer Gesamtstrafe zu dienen, als ein noch anfechtbares. Infolgedessen ist man in der Literatur teilweise geneigt anzunehmen, daß die „erkannte Strafe" trotz Fehlens der Rechtskraft zur Gesamtstrafenbildung herangezogen werden müsse, da § 79 über diesen Punkt sich völlig ausschweigt. Die Nichtberücksichtigung einer noch nicht rechtskräftigen Straffestsetzung würde sich demnach als eine Verletzung des § 79 darstellen.[22] Die überwiegende Meinung steht aber heute auf dem Standpunkt, daß die Anwendbarkeit der Bestimmungen über die Bildung einer Gesamtstrafe durch die Rechtskraft des früheren Urteils bedingt sei.[23] Diese herrschende Ansicht, die dem Umstande Rechnung trägt, daß unser Strafprozeß bedingte Urteile nicht kennt, läßt sich besonders auch mit § 460 Str.Pr.O. gut vereinbaren. Wäre die Rechtskraft des früheren Urteils nicht notwendig, so bestünde die Möglichkeit, daß in der höheren Instanz Freisprechung wegen des zuerst abgeurteilten Delikts erfolgte und dadurch das spätere Urteil prinzipiell hinfällig würde, obwohl es vielleicht inzwischen selbst rechtskräftig geworden ist. Grundsätzlich wird also daran festzuhalten sein, daß ein früheres Urteil nur dann zur Gesamtstrafenbildung nach § 79 heranzuziehen ist, wenn es bereits die Rechtskraft beschritten hat. Eine Mittelmeinung wird allerdings vom Reichsgericht[24] vertreten und zwar dahingehend, daß es zwar statthaft sei, mit Bezug auf ein früheres, noch nicht rechtskräftiges

22. so Merkel in H. H. IV, 235; Olshausen Einfluß S. 55 ff.; Oppenhoff-Del. N. 5 zu § 79.
23. Ebermayer Anm. 3 zu § 79; Frank Anm. II Abs. 2 zu § 79; Binding Grdr. S. 294; Finger I, 551; Schwartz Anm. 3 zu § 79; Köhler S. 642; Harseim in G.S. 27,470; May in G.A. 57,324; J.W. 54,57; RM.G.; 12,221.
24. E: 5, 1; Rechtspr.: 3, 592; 4, 102; 5, 532; 9, 177.

Urteil eine Gesamtstrafe auszusprechen, daß es jedoch auch nicht rechtsirrtümlich sei, wenn das Gericht in einem solchen Falle nur die Einzelstrafe ausspreche, die Festsetzung der Gesamtstrafe aber einer nach § 460 der Str.Pr.O. zu fällenden Nachtragsentscheidung überlasse und somit aus Zweckmäßigkeitsgründen von der sofortigen Anwendung des § 79 Str.G.B. absehe.[25]

In diesem Zusammenhang sei noch die Frage aufgegriffen, ob § 79 Anwendung findet, wenn sich das erst später zur Aburteilung stehende Delikt aus mehreren Einzelhandlungen zusammensetzt, die zum Teil vor, zum Teil nach der früheren Verurteilung begangen sind, wie das besonders in den Fällen der mehraktigen, der fortgesetzten und der Kollektivdelikte vorkommen kann. Die herrschende Meinung verneint diese Frage besonders im Anschluß an die Entscheidungen der Oberlandesgerichte Darmstadt[26] und Düsseldorf. Sind demnach z. B. bei einem fortgesetzten Delikte die dasselbe darstellenden Einzelhandlungen der früheren Verurteilung auch nur teilweise nachgefolgt, so gilt das ganze fortgesetzte Delikt als nach der früheren Verurteilung begangen. Als Folge davon kann dieses fortgesetzte Delikt zu einer Gesamtstrafenbildung nach § 79 nicht herangezogen werden.[27]

Sind nun die oben behandelten Voraussetzungen sämtlich gegeben, so hängt die Bildung der Gesamtstrafe noch immer davon ab, daß die in dem früheren Urteil erkannte Strafe noch nicht verbüßt, verjährt oder erlassen ist, das heißt also, die früher ausgesprochene Strafe bleibt für die Gesamtstrafenbildung außer Betracht, wenn sie zur Zeit der Verkündung des in dem späteren Verfahren ergehenden Urteils durch Verbüßung, Verjährung oder Erlaß bereits vollkommen erledigt ist. Der Verurteilte muß also mindestens noch einen Teil der früher gegen ihn ausgesprochenen Strafe zu verbüßen haben.[28] Diese Voraussetzung muß vom Richter bei Anwendung des § 79 ausdrücklich als vorliegend festgestellt wer-

25. s. n. Olshausen Anm. 7.
26. s. G A. 46,230; s. n. E: 59, 168.
27. Olshausen Anm. 6, Abs. 3 zu § 79; Frank Anm. 1 Abs. 2 zu § 79; Jakoby in G.A. 62, 19ff.
28. Frank, Anm. 3 zu § 79.

den, da es sich um eine unumgängliche Bedingung handelt.[29] Diese Feststellung ist jedoch rein tatsächlicher Natur und kann deshalb mit dem Rechtsmittel der Revision nicht angefochten werden, ganz gleich, ob sie in bejahendem oder verneinendem Sinne ausfällt.[30] Sowohl die Motive des Strafgesetzbuchs,[31] wie auch die logische Auslegung des § 79 sprechen dafür, daß eine Gesamtstrafenbildung ausgeschlossen ist, wenn die frühere Strafe, wie schon erwähnt, vollständig verbüßt ist. Denn die Motive weisen darauf hin, daß die Ausdrucksweise des § 79 auf den Fall abgestellt ist, daß die früher erkannte Strafe durch Verbüßung etc. noch nicht erledigt ist. Von einer Erledigung der Strafe kann man aber selbstverständlich nur nach einer restlosen Verbüßung sprechen Dieser Einsicht hat sich auch die Literatur in ihrer Ueberzahl nicht verschließen können.

In diesem Zusammenhang ist auch die Frage aufgetaucht, ob die „vollständige Verbüßung" schon mit der Erledigung der Hauptstrafe eingetreten ist, oder ob dazu auch die Erledigung einer etwa ausgesprochenen Nebenstrafe als notwendig zu erachten ist. Hier hat sich die überwiegende Meinung dafür entschieden, daß die vollständige Verbüßung der Hauptstrafe bereits die Anwendung des § 79 ausschließe, ohne Rücksicht auf eine etwa noch laufende Nebenstrafe. Denn der Umstand, daß die Folgen etwa einer Verurteilung nach § 31 Str.G.B. noch fortdauern oder daß die Frist noch nicht abgelaufen ist, für welche die auf Zeit erkannten Ehrenstrafen, sowie die Zulässigkeit der Polizeiaufsicht erkannt war, kann die Anwendung des § 79 gar nicht ausschließen, da die betreffenden Nebenstrafen ganz von selbst und ohne äußeren Vollstreckungsakt wirksam werden, bei ihnen also eine Verbüßung im eigentlichen Sinn des Wortes und ebenso eine Verjährung nicht eintritt.[32]

Nun zu den einzelnen Alternativen. Der deutsche Ausdruck

29. Olshausen Anm. 8 zu § 79; Ebermayer Anm. 4 zu § 79; Schwartz Anm. 4 zu § 79, Rüdorff-Stenglein Anm. 6 zu § 79; Rechtspr. 1, 102; E: 32, 7; 39, 275; RM.G.: 7, 103; 17, 74; 8, 176; 8, 300.
30. RG. in G.A. 43, 394.
31. zitiert in Rüdorff-Stenglein Anm. 3 zu 79.
32. Olshausen, Anm. 8 zu 79; Olshausen Einfluß S. 57/58; Schwartz Anm. 4 zu § 79; Oppenhoff-Delius Anm. 19 zu § 79; Höpfner S. 143, May in G.A. 57, 332. Anderer Meinung nur Merkel in H. H. IV, 236.

des „Verbüßens" einer Strafe, insbesondere einer Freiheitsstrafe, ist schon seinem Sinn und dem Sprachgebrauch nach derart unmißverständlich, daß fast die gesamte Literatur über diesen Begriff mit Stillschweigen hinweggeht und es nicht für notwendig hält, daran große problematische Erörterungen zu knüpfen. Auch in diesem Zusammenhang ist die Bedeutung des Begriffes absolut klar. Damit, daß ein Verurteilter eine Freiheitsstrafe verbüßt hat, soll eben gesagt werden, daß der Verurteilte sich der Vollstreckung der über ihn verhängten Freiheitsstrafe auf die Dauer der im Urteil bestimmten Zeit unterzogen und dadurch den Strafanspruch des Staates zum Erlöschen gebracht hat. Die Fälle, in denen der Verurteilte sich der Vollstreckung nicht oder wenigstens nur teilweise zu unterziehen braucht, die aber dennoch später einer Verbüßung gleichgeachtet werden, fallen bereits unter die Begriffe der Begnadigung und des Erlasses, auf die weiter unten einzugehen sein wird. Der Fall des § 7 Str.G.B., der vielleicht zu Erörterungen Anlaß geben könnte, hat im Rahmen dieser Darstellung auszuscheiden, da, wie oben festgestellt, ein ausländisches Urteil überhaupt nicht geeignet ist, zu einer Gesamtstrafenbildung herangezogen zu werden. Im Regelfall wird eine Verbüßung erst nach Erlaß des auf Strafe laufenden Urteils eintreten und zwar nach einem Zeitraum, der nach eingetretener Rechtskraft und Strafantritt der Höhe der ausgesprochenen Freiheitsstrafe entspricht. In Abweichung davon stellt § 60 Str.G.B. eine Sonderregelung dar, da eine erlittene Untersuchungshaft bei Fällung des Urteils auf die erkannte Strafe ganz oder teilweise angerechnet werden kann. Es besteht demnach die Möglichkeit, daß bereits bei Fällung des Urteils, das vom Angeklagten und dem Staatsanwalt unter Verzicht auf Rechtsmittel angenommen werden kann und damit sofort die Rechtskraft beschreitet, die Strafe durch Anrechnung der Untersuchungshaft verbüßt ist.

Nach § 79 darf die früher erkannte Strafe weder durch Verbüßung, noch durch Verjährung erledigt sein, damit sie zur Gesamtstrafenbildung verwendet werden kann.

Unter Verjährung des Strafrechts versteht man im allgemeinen die Ausschließung krimineller Folgen begangener Delikte wegen ungestörten Ablaufs einer gesetzlich festgelegten Zeit, sei es nach

deren Begehung, sei es nach deren rechtskräftigen Verurteilung und spricht dann im ersteren Falle von Verfolgungsverjährung, im letzteren von Vollstreckungsverjährung.[33]

Aus dem Wortlaut des § 79 geht nun eindeutig hervor, daß bei der Gesamtstrafenbildung nur der Nichteintritt der Vollstrekkungsverjährung in Betracht kommen kann. Denn wenn das Gesetz sagt, daß eine erkannte Strafe noch nicht verjährt sein dürfe, so setzt dieses Erfordernis ja ohne weiteres bereits das Vorhandensein einer Strafe voraus. Ist aber schon eine Strafe ausgesprochen worden, so ist die Verfolgung des Delikts bereits abgeschlossen, eine Verfolgungsverjährung also nicht mehr möglich. Die Fristen für die Vollstreckungs-, oder wie sie auch genannt wird, Strafenverjährung, sind im § 70 Str.G.B. bezeichnet. Da für die Gesamtstrafenbildung nach § 74 überhaupt nur zeitige Freiheitsstrafen in Frage kommen und auch mit einer Haftstrafe eine Gesamtstrafe nicht gebildet werden kann, fallen für unsere Darstellung die Ziffern 1 und 6 des § 70 weg. Die übrigen Ziffern bestimmen die Dauer der Verjährungsfrist der verschiedenen Strafarten.

§ 70 Absatz 2 Str.G.B. stellt noch ausdrücklich fest, daß die Verjährung mit dem Tage beginnt, an welchem das Urteil rechtskräftig geworden ist. Dieser bildet also bereits den ersten Tag der laufenden Verjährungsfrist.[34]

Zusammenfassend sei also hier nochmals hervorgehoben, daß eine früher erkannte Strafe dann nicht mehr zur Gesamtstrafenbildung verwendet werden kann, wenn seit Eintritt der Rechtskraft dieses früheren Urteils die nach § 70 Str.G.B. jeweils einschlägige Frist verstrichen ist und das „spätere" Verfahren bzw. dessen Urteilsfällung erst nach Ablauf dieser Frist durchgeführt wird.

Diese allgemeine Berechnung der Verjährungsfrist gilt selbstverständlich nur dann, wenn nicht eine Unterbrechung derselben stattgefunden hat, die bei jeder auf Strafvollstreckung gerichteten Handlung der zuständigen Vollstreckungsbehörde, sowie bei jeder Festnahme durch einen zuständigen Beamten zwecks Herbeiführung

33. Köhler S. 658.
34. s. dazu Olshausen Anm. 9 zu § 70 und Anm. 8 zu § 67 Str.G.B.

der Vollstreckung eintritt.[35] In einem solchen Falle würde dann die Verjährungsfrist nicht mehr von der Rechtskraft des Urteils an laufen, sondern es würde mit dem Zeitpunkt der Unterbrechung der alten eine neue Verjährungsfrist nach Maßgabe des § 70 Str.G.B. beginnen.

Wir kommen nunmehr zu der dritten Art der Erledigung einer Strafe, dem Erlaß.

Da § 79 verlangt, daß die früher erkannte Strafe zur Zeit des späteren Urteils noch nicht erlassen sein darf, andererseits aber der Erlaß einer ausgesprochenen Strafe sich als Verzicht auf einen erworbenen, staatlichen Strafanspruch darstellt,[36] so darf zur Zeit des später zu fällenden Urteils dieser Verzicht auf die früher erkannte Strafe noch nicht wirksam geworden sein, es muß also der staatliche Strafanspruch mindestens teilweise noch bestehen. Das Erlöschen des Strafanspruchs und die damit eintretende Erledigung der Strafe wird sich nach dem jeweils vorgenommenen Gnadenakt bestimmen. Bei der Begnadigung im eigentlichen Sinne, also in einem Einzelfalle, deren Vornahme der obersten Justizaufsichtsbehörde zusteht, wird demnach der in der Verfügung der begnadigenden Behörde angegebene Zeitpunkt maßgebend sein. Von diesem Zeitpunkt an hat die Begnadigung als eingetreten und die Strafe damit als erledigt zu gelten.[37] Im Falle einer Begnadigung durch eine Amnestie, also einer generellen Begnadigung bestimmter Kreise von Verurteilten, wird d e r Zeitpunkt als maßgebend zu gelten haben, der in dem Erlaß des Staatsoberhauptes, das zum Erlaß von Amnestien berufen und zuständig ist, bestimmt worden ist.

Eine andere Berechnung des maßgebenden Zeitpunktes ist dann anzustellen, wenn es sich um Gewährung eines bedingten Straferlasses etwa im Sinne der bayerischen Justizministerialbekanntmachung vom 31. XII. 1927[38] handelt. Hier steht die herrschende Meinung auf dem Standpunkt, daß ein unter einer Bedingung erklärter Erlaß, soferne die Bedingung als auflösende anzusehen ist, alsbald in Wirksamkeit tritt, demnach der Bildung einer Gesamt-

35. s. § 72 Str.G.B., Köhler S. 681.
36. Köhler S. 648.
37. Olshausen Anm. 8 zu § 79, May in G.A. 57, 333.
38. in bayr. Justizministerialblatt vom 31. XII. 27, §§ 25ff. der Bekanntmachung.

strafe gemäß § 79 Str.G.B. entgegensteht.[39] Das Urteil des Reichsgerichts (E: 53, 116) stellt ausdrücklich fest, daß es sich bei Gewährung eines bedingten Straferlasses um eine auflösende Bedingung handelt, insoferne als die Strafe vollkommen erlassen wird, wenn der Verurteilte sich bis zum Ablauf einer ihm gesetzten Probefrist einwandfrei führt. Diese Meinung vertritt das Reichsgericht vornehmlich aus praktischen Gründen. Denn mit Recht stellt es fest, daß bei Einnahme des gegenteiligen Standpunktes der Strafvollstreckung ganz erhebliche Schwierigkeiten in den Weg gestellt würden. So wäre es möglich, daß bei Gewährung einer beispielsweise dreijährigen Bewährungsfrist die später ausgesprochene Strafe unter Umständen erst nach Ablauf des dreijährigen Schwebezustandes vollstreckt werden könnte. Bis dahin müßte also möglicherweise auch eine bereits gebildete Gesamtstrafe in der Schwebe bleiben.

Dagegen ergeben sich bei Befolgung des jetzt herrschenden Prinzips derartige Schwierigkeiten nicht, da beim späteren, etwaigen Hinfälligwerden des Straferlasses die Gesamtstrafe nachträglich gemäß § 460 Str.Pr.O. festgesetzt und die etwa inzwischen vollstreckte zweite Strafe nach dem gesetzlichen Umwandlungsmaßstabe des § 21 Str.G.B. auf die Gesamtstrafe angerechnet werden muß. Auf diese Weise erleidet der Verurteilte auf keinen Fall dadurch Schaden, daß die Bildung der Gesamtstrafe für die Dauer des Laufes der Bewährungsfrist unterblieben ist.

Von anderen Voraussetzungen, als den bisher bezeichneten ist die Anwendung des § 79 nicht abhängig.[40] Insbesondere ist es weder mit dem Wortlaut noch mit dem Sinne des Gesetzes vereinbar, die durch § 79 gewährte Rechtswohltat einem Angeklagten zu versagen, nur weil äußere Umstände (z. B. beim Ehebruch das Fehlen der Ehescheidung) die Erstreckung des früheren Strafurteils auf die damals schon verübte Tat verhinderten[41] oder weil möglicherweise die eine oder andere Einzelstrafe wegen Unausführbarkeit noch erforderlicher Feststellungen nicht berücksichtigt werden konnte.[42]

39. Olshausen Anm. 8 zu § 79, E: 53, 116.
40. Olshausen Anm. 10 zu § 79, Frank Anm. III Abs. 2 zu § 79.
41. E: 7, 298.
42. G.A. 46, 37, E: 8, 62, Rechtspr.: 5, 522.

§ 6.

Berechtigung des § 79 Str.G.B.

In der Literatur wird teilweise der Standpunkt eingenommen, daß der § 79 Str.G.B., insoferne er zur Voraussetzung macht, daß die früher erkannte Strafe zur Zeit der späteren Urteilsfällung noch nicht ganz erledigt sei, nicht zu billigen ist.[1] Auch Frank meint, daß diese Bestimmung des § 79 innerlich ungerechtfertigt sei. Als Nachteil des geltenden Gesetzes führt er insbesondere an, daß es den Verurteilten, der die Strafe bald antrete, belaste, während es einen anderen, der sich zu drücken verstehe, entlaste. Auch werde das Schicksal des Verurteilten von dem Zufall abhängig gemacht, wann der Termin zur Hauptverhandlung anberaumt werde. Endlich werde es dem Ankläger auch möglich gemacht, die Anwendung des § 79 dadurch zu vereiteln, daß er mit der Klageerhebung bis zur Verbüßung der früher erkannten Strafen wartet.

Eigentlich ist es erstaunlich, daß gerade Frank hier so energisch hervortritt. Denn wie wir schon früher erwähnt haben, besteht ja nach seiner Meinung das Wesen der Gesamtstrafe hauptsächlich darin, daß sie sagt, in welcher Weise mehrere Einzelstrafen gleichzeitig zu verbüßen sind. Man sollte deshalb meinen, daß gerade Frank aus seiner Auffassung heraus die ganze Angelegenheit bei vollständiger Verbüßung einer Einzelstrafe als erledigt ansehen würde, da logischerweise eine gleichzeitige Verbüßung in einem solchen Falle nicht mehr in Frage kommen kann.

Dem Einwande Franks kann man eine gewisse Berechtigung nicht absprechen, wenn man die Handhabung des § 79 lediglich von der theoretischen Seite aus ansieht. Befaßt man sich dagegen mit der Anwendung des § 79 im Hinblick auf die tatsächlich geübte Praxis, so wird man zu dem Ergebnis kommen, daß die geltend gemachten Bedenken sich wohl nie in einem Maße auswirken werden, wie Frank

1. so Höpfner S. 290 Anm. 34, Frank Anm. III Abs. 3 zu § 79.

es befürchtet oder doch als regelmäßige Erscheinung hinstellen möchte. Das erste Bedenken, daß die sogenannten Drückeberger durch das Gesetz bevorzugt seien, ist kaum durchschlagend. Denn die Leute, die schon irgendwie mit dem Strafgesetz in Konflikt gekommen sind, pflegen sich über die vom Gesetz gebotenen Vorteile sehr gut zu unterrichten und haben, falls sie nur einmal ein Delikt begehen, ohnehin keine Gesamtstrafe und damit keinen Nachteil aus § 79 zu erwarten. Die anderen Verbrecher dagegen, die mehrere Strafen zu erwarten haben, die also bereits auf eine gewisse kriminelle Vergangenheit zurückblicken können, besitzen in der Regel nicht mehr die vom Frank vermutete Naivität, ihre Strafe recht bald anzutreten, um der Gerechtigkeit Genüge zu tun. Diese Leute pflegen mit einer manchmal bewundernswerten Raffinesse ihre Lage zu beurteilen und wissen darnach ihren Strafantritt fast stets zu ihren Gunsten zu regeln und legen.

Mit dem weiteren Einwand, daß die Vertreter der Anklage die Anwendung des § 79 vereiteln könnten, geht Frank wohl entschieden zu weit. Die Beamten der Staatsanwaltschaft werden hier gleichsam als boshafte Jntriganten gezeichnet, die den Angeschuldigten auf jede nur erdenkliche, wenn auch unvornehme Art und Weise, zu schaden suchen. Dieses Bild stimmt jedoch mit den Gepflogenheiten in der Praxis absolut nicht überein. Die Vertreter der Staatsanwaltschaft sind bemüht, die ihnen vorliegenden Fälle aufzuklären und zu einer gerechten Sühne zu führen. Dabei ist es bekanntlich ihre Pflicht, auch die zu Gunsten des Beschuldigten Erhebungen anzustellen. Die Bedenken von Frank können also den Erfahrungen aus der Praxis kaum stand halten und vermögen demnach auch einem Angriff auf § 79 keine ernsthafte Unterstützung zu gewähren.

Es bleibt dann immer noch die Möglichkeit zu erwägen, daß die Anwendung des § 79 durch einen reinen Zufall ausgeschlossen und verhindert würde. Sollten sich hier in der Praxis tatsächlich Härten ergeben, so hat der Richter in der Regel noch bei der Findung des Strafmaßes die Möglichkeit, derartigen etwa sich zeigenden Härten zu steuern. Einen beachtlichen Vorschlag macht hiefür Höpfner.[2] Er empfiehlt, zunächst rechnungsmäßig

2. Höpfner Seite 289.

eine einheitliche Strafe festzustellen, genau so, als ob die frühere Strafe noch nicht verbüßt wäre. Von dieser so gefundenen Strafe solle dann die bereits verbüßte Einzelstrafe abgezogen und der sich dann ergebende Rest als Strafe in dem gegenwärtigen Verfahren erkannt werden.

Betrachtet man nun zusammenfassend diesen Fragenkomplex von der praktischen Seite aus, so gelangt man zu dem Resultat, daß die erhobenen Bedenken, in ihrer Auswirkung niemals einen Umfang annehmen werden und können, daß man deshalb den § 79 Str.G.B. schlechthin als ungerechtfertigt halten könnte. Bezeichnend ist schließlich auch, daß der Entwurf in § 66 inhaltlich genau an den Bestimmungen des § 79 Str.G.B. festhält, insoferne, als auch er als notwendige Voraussetzung für die Bildung einer Gesamtstrafe verlangt, daß die früher erkannte Strafe bis zur Fällung des späteren Urteils noch nicht verbüßt, verjährt oder erlassen ist.

§ 7.

Das Verfahren beim Vorliegen sämtlicher Voraussetzungen.

Es taucht nun die Frage auf, ob ein Gericht beim Vorliegen sämtlicher Voraussetzungen die Vorschriften des § 79 anwenden muß oder ob es in sein Belieben gestellt ist, entweder eine Gesamtstrafe sogleich zu bilden oder dies einer Nachtragsentscheidudung gemäß § 460 Str.Pr.O. zu überlassen.

Die letztere, jedoch nicht herrschende Meinung wird insbesondere von Höpfner[1] vertreten. Er glaubt, auf eine Gesamtstrafe brauche auch beim Vorliegen sämtlicher Voraussetzungen nicht sofort erkannt zu werden, wenngleich er zugeben muß, daß dies allerdings im Regelfall das zweckmäßigste Verfahren sein würde. Er sagt, § 79 wolle das Herrschaftsgebiet des § 74 erweitern, aber nicht eine prozessuale Form der Durchführung dieses Gedankens vorschreiben und da § 460 Str.Pr.O. eine Durchführungsmöglichkeit gewähre, so sei es rechtlich zulässig, von der sofortigen Verhängung einer Gesamtstrafe abzusehen und die Zurückführung der Einzelstrafen auf eine Gesamtstrafe einer Nachtragsentscheidung zu überlassen. Er bezichtigt auch das Reichsgericht der Jnkonsequenz, da dieses das Hinausschieben der Gesamtstrafenbildung im allgemeinen nicht dulden will und nur aus gewichtigen Zweckmäßigkeitsgründen für zulässig erklärt. Man kann Höpfner in dem Punkte folgen, als § 79 nicht eine prozessuale Vorschrift darstellt. Denn man wird mit ihm annehmen dürfen, daß durch seine Bestimmungen lediglich das Herrschaftsgebiet der Gesamtstrafe, die an sich in den §§ 74—78 geregelt ist, erweitert werden soll. Wie diese trägt deshalb auch § 79 einen rein materiell rechtlichen Charakter. Es steht nun vollkommen außer Frage, daß in einem Falle der Realkonkurrenz im engeren Sinne die Gesamtstrafe

1. Höpfner Seite 144.

sogleich in dem Urteil des Richters im zweiten Verfahren ausgesprochen werden muß. Da nun § 79 ganz klar und eindeutig sagt, die Bestimmungen der §§ 74—78 „finden Anwendung" unter gewissen Voraussetzungen, so ist gar nicht einzusehen, warum man in § 79 nun plötzlich eine Kannvorschrift erblicken soll, vielmehr weist die ganze Fassung des Gesetzes darauf hin, daß es sich auch hier um eine Mußvorschrift handelt. Die Ansicht, daß § 79 beim Vorliegen der erforderlichen Voraussetzungen angewendet werden muß ist, wie schon angedeutet, die herrschende. Ausnahmen werden nur in wenigen Fällen gestattet.[2] Eine Nichtanwendung des § 79 trotz des Vorliegens der Voraussetzungen würde sich demnach als Verletzung des Gesetzes durch Nichtanwendung darstellen. Die herrschende Meinung wird insbesondere auch von der Rechtsprechung des Reichsgerichts geteilt. Besonders klar und deutlich wird dies ausgesprochen und begründet im Urteil des 1. Strafsenats vom 6. Oktober 1881.[3] Es sagt: „Sind dem erkennenden Gericht die tatsächlichen Verhältnisse bekannt, welche die Anwendung des § 79 rechtfertigen und sieht dasselbe bewußt von der Beobachtung dieser an sich für anwendbar erklärten Vorschrift ab, so verstößt es gegen die Norm des § 79 Str.G.B. Denn § 460 Str. Pr.O. hat die eben angezogene Vorschrift des § 79 nicht beseitigt oder beschränkt, will vielmehr dem entsprechenden Jnteresse des Angeklagten durch eine hilfsweise Bestimmung noch weitere Rechnung insoferne tragen, als jemand durch verschiedene rechtskräftige Erkenntnisse mit Uebersehen der Bestimmungen über Zuerkennung einer Gesamtstrafe oder in tatsächlicher Unkunde der Vorstrafe des früheren Erkenntnisses zu einer selbständigen Strafe ohne Rücksicht auf die bei dem realen Zusammentreffen mehrerer mit zeitiger Freiheitsstrafe zu ahndenden Verbrechen oder Vergehen zu Gunsten des Angeklagten zu berücksichtigenden Momente verurteilt worden ist.[4]

2. Ebermayer Anm. 6 zu § 79; Olshausen Anm. 11 Abs. 3 zu § 79; Schwartz Anm. 5 zu § 79; Frank Anm. 2 Abs. 4 zu § 79.
3. Rechtspr. 3, 602.
4. s. auch E: 2, 198; 8, 62: „Die Vorschrift des § 460 Str.Pr.O. enthält keine Ermächtigung für den Richter, den § 79 außer Acht zu lassen".

Das Reichsgericht gestattet es jedoch, die Gesamtstrafenbildung einer Nachtragsentscheidung zu überlassen, wenn Fälle vorliegen, in denen eine sofortige Entscheidung gemäß § 79 auf Grund der dem erkennenden Gericht vorliegenden Unterlagen nicht angängig erscheint[5] etwa deshalb, weil zur Anwendung des § 79 noch Feststellungen erforderlich sein würden, die entweder zur Zeit unausführbar sind oder wenigstens eine unverhältnismäßige Hinausschiebung der Urteilsfällung bedingen würden.[6] Grundsätzlich hat also das „später erkennende" Gericht die Gesamtstrafe bereits in seinem Urteil auszusprechen, darf demnach deren Bildung nicht willkürlich einer Nachtragsentscheidung nach § 460 Str.Pr.O. überlassen.

Wenn wir uns nun der Anwendung der §§ 74—78 in ihren Einzelheiten zuwenden, so brauchen wir auf deren Bestimmungen nur insoweit einzugehen, als sich durch die nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe Schwierigkeiten oder Besonderheiten ergeben, da diese Paragraphen im übrigen bereits im 1. Abschnitt gebührende Berücksichtigung gefunden haben.

Sehr einfach gestaltet sich das Verfahren, wenn erst durch den neuen Prozeß eine Realkonkurrenz sich herausstellt, dergestalt, daß bei der früheren Verurteilung nur eine einzige Einzelstrafe ausgesprochen worden war. Jn diesem Falle sind natürlich zuerst die Einzelstrafen für das bzw. für die neuerdings unter Anklage stehenden Delikte zu finden. Sind diese festgestellt, so bietet das weitere Verfahren keine Schwierigkeiten mehr. Es wird dann die Einsatzstrafe zu suchen sein und die Gesamtstrafenbildung ihren normalen Lauf zu nehmen haben.[7]

Ein hauptsächlich in der Praxis umstrittener Fall wurde erst durch das Reichsgericht entschieden. Es handelt sich darum, ob Realkonkurrenz und damit die Notwendigkeit der Bildung einer Gesamtstrafe vorliegt, wenn bereits durch mehrere Vorurteile Einzelstrafen ausgesprochen sind, ohne daß schon früher eine an sich mögliche Gesamtstrafe gebildet worden wäre. Es liegt also der Fall

5. E: 34, 267.
6. dazu Löwe-Rosenberg Anm. 1a zu § 460 Stt Pr.O.
7. Olshausen Anm. 11; Ebermayer Anm. 7; Frank Anm. II; Schwartz Anm. 5 Abs. 2 zu § 79.

so, daß bei Vorliegen der notwendigen Voraussetzungen weder eine einzige Einzelstrafe, wie § 79 zu erfordern scheint, vorliegt, noch auch eine bereits gebildete Gesamtstrafe. Diese Frage ist eingehend behandelt in dem Urteil des 1. Strafsenates vom 1. XI. 1886.[8] Der Zweifel ist wohl vorwiegend deshalb entstanden, weil § 79 sagt, „bevor „e i n e" erkannte Strafe verbüßt ist".[9] Es fehlt demnach an sich an einer ausdrücklichen Bestimmung darüber, wie zu verfahren sei, wenn zur Zeit der maßgebenden Urteilsfindung nicht nur auf eine, sondern auf mehrere, nicht zu einer Gesamtstrafe verbundenen Einzelstrafen erkannt ist, welche der Angeklagte noch zu verbüßen hat. Es muß aber als der Wille des Gesetzgebers angesehen werden, daß auch in diesem Falle der Grundsatz des § 79 Str.G.B. Anwendung finden soll.[10]

Jst bereits in der früheren Verurteilung im Sinne des Gesetzes eine Gesamtstrafe ausgesprochen worden und soll nunmehr eine neue Gesamtstrafe gebildet werden, so ist auch dabei zuerst die Einzelstrafe für das im gegenwärtigen Verfahren neu zur Aburteilung stehende Delikt festzustellen. Bei der Findung der Einsatzstrafe ist die früher erkannte Gesamtstrafe in die ihr zugrundeliegenden Einzelstrafen aufzulösen.[11] Bei dieser notwendigen Feststellung der verwirkten Einzelstrafen ist noch zu beachten, daß der zweite Richter an die wegen des ersten Falles getroffene Entscheidung in der Weise gebunden ist, daß er weder in Betreff der tatsächlichen Feststellung, noch rücksichtlich des angewendeten Gesetzes, noch hinsichtlich des arbitrierten Strafmaßes eine Abänderung vornehmen darf, dieses vielmehr der Gesamtbestrafung so zugrunde legen muß,

8. E: 15, 29 ff.
9. s. a. Rechtspr.: 6, 653; 8, 657.
10. so auch Olshausen Anm. 11 zu § 79.
11. Olshausen Anm. 11; Frank Anm. II; Ebermayer Anm. 7; Schwartz Anm. 5 zu § 79. Ebenso: E: 44, 302: „. . . . . gegen die Bestimmungen der §§ 74—78 ist verstoßen, einmal, weil die Strafkammer die Gesamtstrafe nicht aus allen, gegen den Angeklagten früher festgesetzten und neu erkannten Einzelstrafen bildete, sondern die im Urteil des LG. . . . . ausgesprochene Gesamtstrafe als Einsatzsrafe behandelte" und E: 48, 277: „. . . . . bei Bildung der neuen Gesamtstrafe war nicht von der früheren Gesamtstrafe, sondern von den ihr zugrundeliegenden Einzelstrafen auszugehen".

als hätte er es selbst für den einschlägigen Fall als angemessen erkannt.[12] Hat nun das Gericht die Einzelstrafe für das den Gegenstand des neuen Verfahrens bildende Delikt festgesetzt und auch die früheren Einzelstrafen, die zur Gesamtstrafenbildung herangezogen werden sollen, gegebenenfalls unter Auflösung einer bereits ausgesprochenen Gesamtstrafe, festgestellt, so steht der Anwendbarkeit des § 74 nichts mehr im Wege und es ist gemäß § 79 auf die oben geschilderte Art und Weise vorzugehen.

Unter Verweisung auf die früheren Ausführungen sei hier nochmals hervorgehoben, daß es beim Vorliegen sämtlicher Einzelstrafen die Aufgabe des Gerichts ist, die Einsatzstrafe festzustellen, die bekanntlich in der schwersten Einzelstrafe zu suchen ist. Dabei ist zunächst zu unterscheiden, ob die frühere bzw. eine der früheren oder die spätere Strafe die schwerere ist. Jst die frühere Strafe der Art nach schwerer, also Zuchthaus, so ist die jüngere, auf Festungshaft oder Gefängnis lautende Strafe nach § 21 Str.G.B. in Zuchthaus umzuwandeln, wodurch ersichtlich wird, welche Strafe nunmehr mit Rücksicht auf ihre Dauer die schwerere ist. Die von beiden der Dauer nach schwerere hat dann als Einsatzstrafe zu gelten.[13] Jst die frühere Strafe von vorneherein oder nach geschehener Umwandlung der Dauer nach schwerer, so ist sie die Einsatzstrafe.[14]

Ist dagegen die jüngere Strafe die der Art nach schwerere, so ist die früher erkannte Strafe nach § 21 Str.G.B. umzuwandeln, wobei dann wiederum die der Dauer nach schwerere als Einsatzstrafe zu behandeln ist. Ebenso hat die jüngere Strafe als Einsatzstrafe zu gelten, wenn sie bei Gleichheit der Strafart schon von vorneherein die der Dauer nach schwerere ist.

Wenn wir uns nunmehr den technischen Vorgängen bei der Gesamtstrafenbildung zuwenden, gehen wir zunächst davon aus, daß die frühere Strafe die schwerere und damit Einsatzstrafe ist.

12. Olshausen Einfluß Seite 60; Olshausen Anm. 11 Abs. 2 zu § 79. Merkel in H. H. IV, 236; Binding Grdr. § 110, 7 b; Schwartz Anm. 5 Abs. 3 zu § 79.
13. Olshausen Anm. 12 zu § 79; Schwartz Anm. 56 zu § 79; Oppenhoff, Rechtspr. des Obertribunals 13, 361.
14. and. Mein.: May in G.A. 57, 340. Er meint, es entscheide über die Schwere die ursprüngliche Strafart, nicht die Höhe nach erst erfolgter Umwandlung.

Jm Sinne des anzuwendenden § 74 wäre es nun gelegen, daß das Gericht unter Erhöhung der festgestellten Einsatzstrafe und unter Wegfallerklärung der früher verhängten Strafe eine Gesamtstrafe ausspricht.[15] Aber nach einer weitverbreiteten, und man darf wohl sagen, heute herrschenden Meinung liegt keine Gesetzesverletzung darin, daß lediglich eine sogenannte Zusatzstrafe verhängt wird, allerdings unter der Voraussetzung, daß materiell richtig verfahren wird.[16] Zur Begründung des Ausspruchs einer „Zusatzstrafe" führt beispielsweise Binding an: „Bei Verhängung einer Gesamtfreiheitsstrafe stößt der zweite Richter insofern auf eine für ihn unübersteigliche Schranke, als er das erste Urteil nicht nachprüfen und noch weniger abändern darf, es vielmehr, wie es ist, zur Festsetzung der Gesamtstrafe verwenden muß. Das zweite Urteil hat aber die früher abgeurteilte Strafsache nicht mehr mit zu umfassen. Demgemäß ist es auch nicht befugt, die Gesamtstrafe in ihrem vollen Umfang nach seinem Ermessen des später urteilenden Gerichts zu verhängen. Denn zur Aburteilung stehen ja nur eine oder mehrere, aber nicht alle realiter konkurrierenden Straftaten; der zweite Richter hat vielmehr diese Gesamtstrafe nur auszumessen, dabei das eine oder die mehreren Strafäquivalente des früheren Urteils unverändert in Rechnung zu stellen, von dieser Gesamtstrafe die Strafe des früheren Urteils abzuziehen und den Rest als Zusatzstrafe zu verhängen." Dem gleichen Gedankengang folgt auch Höpfner.[17] Er hebt mit Recht hervor, daß bei diesem Verfahren der Angeklagte sachlich nicht benachteiligt werde. Immerhin liegt aber eine Inkorrektheit im Ausdruck vor, wenn das auf diese Weise entstandene Urteil den Angeklagten wegen des neuen Falles, bzw. der neuen Fälle zu einer Zusatzstrafe verurteilt, da zufolge der Jdee der Gesamtstrafe der Zusatz nicht als Aequivalent für den neuen Straffall, sondern als Teil der Strafe für alle Fälle aufzufassen ist. Dieser Jnkorrektheit des Ausdrucks sollte man jedoch keine allzu große Bedeutung beimessen, ja sie wird sich bei einer etwas gewandten

15. so Olshausen Anm. 12b, zu § 79; Allfeld S 300 N 30.
16. Olshausen Anm. 12b Abs. 2 zu 79; Schwartz Anm. 5c; Frank Anm. II; Binding Grdr. § 110, 7b; May in G.A.: 57, 339.
17. Höpfner Seite 145.

Abfassung des Tenors vielleicht sogar vermeiden lassen. Für die Praxis ausschlaggebend ist schließlich der Umstand, daß auch das Reichsgericht die Verhängung einer Zusatzstrafe nicht nur nicht beanstandet, sondern sie sogar ausdrücklich gebilligt hat.[18]

Jst dagegen die in dem späteren Verfahren ermittelte Einzelstrafe die der Art nach schwerere, so hat nach den allgemeinen Gesichtspunkten die Erhöhung bei ihr einzutreten. Die früher etwa ausgesprochene Festungshaft- oder Gefängnisstrafe muß in die schwerere Strafart, also Zuchthaus, umgewandelt werden. In diesem Falle, sowie dann, wenn bei gleicher Strafart die spätere Strafe wegen ihrer längeren Dauer als Einsatzstrafe gilt, hat bei ihr die Erhöhung zu erfolgen. Hier kann eigentlich von einem „zusätzlichen" Erkennen nicht die Rede sein. Es muß vielmehr im Regelfall die Gesamtstrafe im verfügenden Teil des Urteils tatsächlich ausgesprochen und gleichzeitig die frühere Strafe als „wegfallend" erklärt werden.[19] Indessen ist es auch hier nach dem oben Gesagten nicht als Verletzung der Rechtsnorm anzusehen, wenn nicht, wie es ordnungsgemäß geschehen müßte, auf die ermittelte Gesamtstrafe „unter Wegfall" der früher ausgesprochenen Strafe, sondern nur auf eine Zusatzstrafe erkannt wird, auch hier natürlich vorausgesetzt, daß materiell richtig verfahren wurde.[20]

In der Literatur besteht keine Einmütigkeit darüber, inwieweit der Richter in dem späteren Verfahren bei Bemessung der von ihm zu bemessenden Gesamtstrafe an eine Gesamtstrafe gebunden ist, die bereits in einem früheren Verfahren ausgesprochen worden ist. Ebermayer[21] meint, eine früher gebildete Gesamtstrafe sei durch die notwendig gewordene Auflösung in Einzelstrafen weggefallen und habe deshalb für den zweiten Richter bei Bildung der neuen Gesamtstrafe nach keiner Richtung hin irgendwelche Bedeutung mehr. Diese Ansicht kann, schon mit Rücksicht auf die früher festgestellte Bedeutung eines rechtskräftigen Erkenntnisses, in dieser Form und

18. E: 44, 302.
19. Olshausen Anm. 12 c zu § 79; Rechtspr. 6, 292; Oppenhoff. Rechtspr. d. Obertribunals; 13, 361; 14, 568.
20. Olshausen Anm. 12 d zu § 79.
21. Ebermayer Anm. 7 zu § 79.

diesem Umfang nicht gebilligt werden.[22] Der zweite Richter kann keinesfalls mit den aus der aufgelösten Gesamtstrafe erhaltenen Einzelstrafen nach Belieben verfahren, sondern er wird entsprechend den allgemeinen Bestimmungen über die Gesamtstrafenbildung etwa folgendermaßen vorzugehen haben:

Nach Feststellung der Einzelstrafe hat das Gericht eine Erhöhung derselben nach § 74 Abs. 1 Satz 3 dergestalt vorzunehmen, daß sowohl das relative wie absolute Höchstmaß eingehalten wird. Mit Rücksicht darauf aber, daß schon früher eine Gesamtstrafe ausgesprochen war, und diese, wie festgestellt, von dem späteren Richter zu respektieren ist, ergeben sich noch einige Besonderheiten.

Hat bereits die früher gebildete Gesamtstrafe das absolute Höchstmaß des § 74 Absatz 3 erreicht, so ist es eine Selbstverständlichkeit, daß eine weitere Erhöhung nicht mehr stattfinden kann. Es hat dann bei der bereits früher erkannten Gesamtstrafe zu verbleiben, da eine weitere Erhöhung gegen das Gesetz verstoßen würde.[23] Meinungsverschiedenheiten herrschen aber darüber, nach welchen Gesichtspunkten das relative Höchstmaß festzustellen sei. In diesem Zusammenhang sagt Olshausen:[24] „Mit Rücksicht darauf,

22. E: 46, 179: „..... durch den rechtskräftigen Strafausspruch ist für den Angeklagten ein wohlerworbenes Rscht entstanden, das insoweit durch eine abweichende Bildung der Gesamtstrafe nicht mehr beeinträchtigt werden kann, vielmehr von dem späteren Richter unangetastet zu lassen ist".
E: 48, 277: „..... es ist nach § 79 eine Gesamtstrafe zu bilden. Dabei war nicht von der früheren Gesamtstrafe, sondern von den ihr zugrundeliegenden Einzelstrafen auszugehen. Allein das durfte nicht dazuführen, den Angeklagten schärfer zu bestrafen, als wenn es zu einer nachträglichen Bildung einer Gesamtstrafe nicht gekommen wäre. Das frühere z. Zt. der Schwurgerichtsverhandlung rechtskräftige Urteil hat zugunsten des Angeklagten eine Rechtslage geschaffen, die es nicht zuläßt, daß die damals abgeurteilten Straftaten bei der Bildung einer Gesamtsrafe höher bewertet werden, als in der früher erkannten Gesamtstrafe zum Ausdruck gekommen ist. Es würde auch dem Grundgedanken des § 79, der wie § 74 zugunsten des Angeklagten erlassen ist und ihm die Vorteile des § 74 auch für den Fall einer wiederholten Aburteilung sichern will, widersprechen, wenn die nachträgliche Festsetzung einer Gesamtstrafe den Angeklagten schlechter stellen würde als vorher."
23. Schwartz Anm. 5e zu § 79; Olshausen Anm. 14, Abs. 2 zu § 79; G.A.: 49, 262.
24. Olshausen Anm. 11 Abs, 2 zu § 79.

daß der später urteilende Richter an die frühere Entscheidung sowohl bezüglich der Schuldfeststellung, als auch des Strafmaßes gebunden ist, wird man, wenn der frühere Richter aus mehreren Strafen eine Gesamtstrafe gebildet hat, den späteren Richter daran insoweit für gebunden zu erachten haben, daß die zu bildende Gesamtstrafe den Betrag der neuen Einzelstrafe, vermehrt um den der früheren Gesamtstrafe, nicht übersteigen darf.[25] Das Reichsgericht erkennt den Standpunkt Olshausens als durchaus richtig an. Dieser Meinung tritt jedoch Ebermayer entgegen.[26] Er zitiert allerdings Olshausen falsch, indem er ihm die Behauptung unterschiebt, die neuzubildende Gesamtstrafe dürfe den Betrag der alten Gesamtstrafe zuzüglich der neuen Einzelstrafe nicht erreichen. Da aber Olshausen tatsächlich statt „erreichen" den vollkommen sinnändernden Ausdruck „übersteigen" gebraucht, geht der ganze Angriff Ebermayers gegen eine „zweimalige Reduktion" ins Leere. In konsequenter und sinngemäßer Anwendung des § 74 wird man den Standpunkt Olshausens wohl als den richtigen anerkennen müssen. Denn einerseits ist die alte Gesamtstrafe zu beachten, andererseits hat aber auch eine Reduktion der Einzelstrafsumme zu erfolgen. Dem letzteren Erfordernis ist jedoch bereits durch die Bildung der ersten Gesamtstrafe genügt, so daß kein Hinderungsgrund besteht, die neue Einzelstrafe unverkürzt zu verhängen, insbesondere, da durch dieses Verfahren die alte Gesamtstrafe in ihrem rechtlichen Bestand von dem Zweitrichter nicht angegriffen und verletzt wird.

Wenn wir uns bisher mit dem im Höchstfall zulässigen Ausmaß der neuen Gesamtstrafe befaßt haben, so soll damit keineswegs behauptet sein, daß die Gesamtstrafe bei Bildung einer neuen Gesamtstrafe unbedingt erhöht werden muß, auch wenn man den Fall der Erreichung des absoluten Strafhöchstmaßes ganz außer Betracht läßt. Diese Frage wird von der Literatur übereinstimmend dahingehend beantwortet, daß der später urteilende Richter eine bereits früher gebildete Gesamtstrafe nicht unter allen Umständen zu erhöhen braucht. Denn ist die Erhöhung nicht gerade durch die Höhe

25. so auch E: 48, 277.
26. Ebermayer Anm. 7 zu § 79.

der von ihm erkannten Strafe — als der schwersten Einzelstrafe — geboten, so unterliegt es seiner freien Beurteilung, ob eine Erhöhung der früheren Gesamtstrafe einzutreten habe, oder ob schon diese für ausreichend zu erachten sei.[27] In vollkommen überzeugender Weise tritt auch das Reichsgericht[28] der herrschenden Meinung bei. Es sagt: „Das (angefochtene) Urteil geht davon aus, daß, wenn bereits auf eine Gesamtstrafe rechtskräftig erkannt ist und nunmehr § 79 zur Anwendung gelangt, die anderweit zu erkennende Gesamtstrafe stets in einer Erhöhung der früher bereits rechtskräftig vorliegenden Gesamtstrafe bestehen müsse. Diese Ansicht findet im Gesetz keine Rechtfertigung. Die Wirkung, welche an sich die Rechtskraft des oder der früheren Strafurteile äußert, bleibt durch § 79 unberührt, soweit es sich um den Schuldausspruch und um die in demselben arbitrierten Einzelstrafen in ihrer Bedeutung als solche handelt. Darüber hinaus ist in der fraglichen Beziehung der Rechtskraft des früheren Urteils durch das Gesetz selbst (§ 79) die Wirkung entzogen. Nicht eine Erhöhung der rechtskräftig bestimmten Strafe als solcher, sondern eine Erhöhung der schwersten Einzelstrafe hat gemäß § 74 einzutreten; daß die letztere dann, wenn bereits vorher auf eine Gesamtstrafe erkannt war, zugleich zu einer Erhöhung der letzteren führen muß, ist nirgends vorgeschrieben und aus § 74, auf welchen § 79 schlechthin verweist, nicht zu folgern. Ist daher die für das neuerliche Delikt ausgeworfene Einzelstrafe nicht gleichschwer oder schwerer, als die früher erkannte Gesamtstrafe und gelangt der später urteilende Richter bei der Abmessung der Strafe zu der Ueberzeugung, daß das frühere Urteil, hätte es sich auf das neuerliche Delikt mitzuerstrecken gehabt, zu einer höheren als der bisher erkannten Strafe nicht gelangt sein, in dieser vielmehr seine Sühne mitgebunden haben würde, so ist er durch das Gesetz nicht gehindert, die von ihm zu erkennende Gesamtstrafe in demselben Betrag wie die frühere zu bestimmen". Dieseen deutlichen Ausführungen des Reichsgerichts ist nichts mehr hinzuzufügen.

27. Olshausen Anm. 14; Frank Anm. II; Ebermayer Anm. 7; Schwartz Anm. 5e; Oppenhoff-Del. N 14 zu § 79; Finger I, 553; Höpfner S. 146; Köhler S. 639.
28. E.: 6,283.

Mit Ausnahme von Höpfner[29] ist sich die Literatur auch darüber einig, daß der zweite Richter nicht eine Gesamtstrafe bilden darf, die der Höhe nach hinter der von dem früheren Richter ausgesprochenen Gesamtstrafe zurückbleibt.[30] Allgemein kann demnach der Grundsatz aufgestellt werden, daß die Gesamtstrafe des Zweitrichters der Höhe nach mindestens der Gesamtstrafe des früheren Richters gleichkommen muß.

Es wurde bereits betont, daß der Zweitrichter in Bezug auf Schuldfeststellung und Strafmaß unbedingt die Entscheidung des früheren Richters zu achten hat. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz ist jedoch in einem Fall zu machen, in dem es dem späteren Richter überhaupt nicht möglich ist, darauf Rücksicht zu nehmen. Hat nämlich der Richter, der die erste Gesamtstrafe gebildet hat, es versäumt, die Einzelstrafen anzugeben, aus denen sich die Gesamtstrafe zusammensetzt, so muß nach der herrschenden Meinung der spätere Richter entgegen der allgemeinen Regel materiell auf das frühere Urteil eingehen und durch nachträgliche Bestimmung der Einzelstrafen die Unterlassung des früheren Richters heilen. Der Zweitrichter würde andernfalls ja überhaupt nicht in der Lage sein, den § 79 anzuwenden.[31]

Es wird nun in der Praxis nicht selten vorkommen, daß zu dem Zeitpunkt, in dem der spätere Richter sein Urteil fällt, mit der Vollstreckung der früher ausgesprochenen Strafe schon begon-

29. Höpfner Seite 146.

30. Olshausen Anm. 14; Ebermayer Anm. 7 zu § 79; Köhler S. 639; E: 2, 198; 6, 82; Rechtspr. 3, 602; E: 6, 283: ..... daß der Grundsatz, daß eine Erhöhung der früheren Gesamtstrafe nicht unbedingt erfolgen müsse, dazu führe, daß der Richter unter den Betrag der früheren Gosamtstrafe herabgehen dürfe, ist zu verneinen. Eine Kritik oder Korrektur des früheren Urteils steht ihm nicht zu; und wenn bei Handhabung des § 79 davon auszugehen ist, daß das neue Urteil sich auf den Standpunkt zu stellen habe, als hätte dem früheren Richter die jetzt abzuurteilende Straftat als Gegenstand seines Urteils mitvorgelegen, so kann dies nie dazu führen, daß auf eine geringere Strafe erkannt wird, als früher tatsächlich ohne den hinzukommenden Straffall erkannt worden ist.

31. Olshausen, Anm. 13 zu § 79; Schwartz Anm. 5 d zu § 79; Olshausen, Einfluß, S. 66; E: 8, 62; Rechtspr.: 5, 522 (526); 5, 130ff.; anderer Meinung: Höpfner S. 144, Anm. 13; Reiffel in G.S.: 37, 480.

nen wurde, ja daß bereits ein erheblicher Teil der ersten Strafe schon verbüßt ist. Da aber bekanntlich die neue Gesamtstrafe auch das Delikt erfaßt, das schon früher durch eine Einzelstrafe seine Sühne gefunden hatte, so ist es selbstverständlich, daß in dem auf die Gesamtstrafe lautenden Erkenntnis die bereits erfolgte teilweise Verbüßung zum Ausdruck gebracht werden muß. Dieser Berücksichtigung des begonnenen Strafvollzugs im Gesamtstrafenurteil eröffnen sich verschiedene Wege und Möglichkeiten, die in der Literatur sämtlich vertreten werden. So steht Olshausen[32] auf dem Standpunkt, daß die Anrechnung des bereits verbüßten Strafteiles nur in den Urteilsgründen anzuordnen und das Weitere der Vollstrekkungsbehörde zu überlassen sei. Eine andere Meinung sagt, der Richter habe im Tenor selbst den entsprechenden Strafteil für verbüßt zu erklären.[33] Und schließlich wird die Ansicht vertreten, man solle dem Richter die Wahl lassen, ob er den verbüßten Teil im Tenor in Abzug bringen oder auf die unverkürzte Gesamtstrafe erkennen, zugleich aber im Tenor aussprechen wolle, daß auf sie die bei Eintritt der Rechtskraft des Urteils verbüßte Strafe in Anrechnung zu bringen sei.[34] Olshausen[32] führt nun einerseits aus, der Richter werde bei Fällung seines Urteils nicht immer genau wissen, wie weit die Vollstreckung bereits gediehen ist. Aber abgesehen davon betrifft jener Umstand weniger die Festsetzung der Strafe, als deren Vollstreckung und daher ist die Frage zunächst von der Strafvollstreckungsbehörde zu lösen. Andererseits kann man sich auch dem Gedankengang von Köhler[35] nicht verschließen, der sich ebenfalls zu der Streitfrage äußert, ob die Anrechnung des verbüßten Teiles einer Gesamtstrafe von dem verurteilenden bzw. dem nach § 460 Str.Pr.O. beschließenden Gericht zu geschehen habe oder von der Staatsanwaltschaft als Vollstreckungsbehörde. Er schließt sich hier der reichsgerichtlichen Meinung an, die dahin geht, daß beide Teile legitimiert seien, da diese rechnerische Fest-

32. Olshausen Anm. 18 zu § 79.
33. Ebermayer Anm. 8 zu § 79; Merkel in H.H. IV 236; Rüdorff-Stengl N 9.
34. so Finger I, 553; Frank Anm. II Abs. 3 zu § 79; Schwartz Anm. 5g zu § 79; etc.
35. Köhler in G.S. 65, 33.

setzung in Ermanglung einer gesetzlichen Grenzziehung als Sache der Strafvollstreckung angesehen werden kann und eine konkurrierende Zuständigkeit hier den Prinzipien des Strafprozesses kaum widerstreitet. Das Reichsgericht vertritt demnach eine Mittelmeinung des Inhalts, daß es nicht unzulässig sei, im Tenor selbst bereits den verbüßten Teil der Strafe in Abzug zu bringen, daß es sich jedoch empfehle, auf die — unverkürzte — Gesamtstrafe zu erkennen und zugleich in der für die Strafvollstreckung maßgebenden Urteilsformel auszusprechen, daß auf jene die zur Zeit der eintretenden Rechtskraft des Urteils verbüßte Strafe in Abzug zu bringen sei.[36] Dabei ist noch zu beachten, daß in den Fällen, in denen eine Gesamtzuchthausstrafe ausgesprochen wird, während die frühere Strafe auf Gefängnis lautete, die bereits verbüßte Gefängnisstrafe gemäß § 21 Str.G.B. in Zuchthaus umgewandelt werden muß. Die Zahl von Tagen, die sich nach dieser Umrechnung in Zuchthaus ergibt, ist von der Gesamtzuchthausstrafe als verbüßt in Abzug zu bringen, also nicht ohne weiteres die Zahl der tatsächlich im Gefängnis verbüßten Tage.[37]

In diesem Zusammenhang sei noch darauf hingewiesen, daß der Beginn der Strafzeit nach heute herrschender Meinung auf den Zeitpunkt der Rechtskraft des ersten Urteils zu verlegen ist.[38] Denn nach dem Grundgedanken des § 79 Str.G.B. muß der Einheitlichkeit der Strafe auch die Einheitlichkeit der Vollstreckung entsprechen, daher auch die begonnene Vollstreckung der Einzelstrafe in die Vollstreckung der Gesamtstrafe derart übergehen, daß der Beginn der Vollstreckung der Einzelstrafe auch als Beginn der Vollstreckung der Gesamtstrafe zu behandeln ist.[39] Hat dabei die frühere Strafe in Gefängnis oder Festungshaft bestanden und lautet die Gesamtstrafe auf Zuchthaus, so ist die bis zur Rechtskraft des auf Gesamtstrafe lautenden Urteils verbüßte Strafe nach § 21 in Zuchthaus umzuwandeln und die so gewonnene Strafzeit von da ab zurückzurechnen, wo das die Gesamtstrafe aussprechende Urteil rechtskräftig geworden

36. E: 8, 62 (65); 8, 385 (388).
37. Rechtspr. 8, 3 (4); Höpfner S. 145; May in G.A.: 57, 342.
38. so auch: E: 6, 283; 25, 297; 44, 306; 46, 180.
39. so auch R. G. in Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern 1905, 304.

war. Der sich auf diese Weise ergebende Zeitpunkt ist dann der Beginn der zu verbüßenden Gesamtzuchthausstrafe.[40]

Der Vollständigkeit halber sei hier noch die Frage erörtert, wie sich der Richter zu verhalten habe, wenn ihm eine Reihe von Delikten vorliegt, von denen ein Teil unter die Bestimmungen des § 79 fällt, während ein anderer Teil von ihnen nicht ergriffen wird. Die Tatsache steht fest, daß die Delikte, die vor einer früheren Verurteilung begangen sind, zu einer Gesamtstrafe herangezogen werden können, vorausgesetzt, daß die übrigen Erfordernisse vorliegen. Die rein sinngemäße Anwendung des § 79 ergibt auch die Folgerung, daß die nach der früheren Verurteilung verübten Delikte unter sich wieder in Realkonkurrenz stehen und daher ihrerseits wieder zur Bildung einer besonderen Gesamtstrafe verwendet werden können.[41] Es kann demnach praktisch vorkommen, daß nebeneinander zwei voneinander vollkommen getrennte und unabhängige Gesamtstrafen ausgesprochen werden. Meinungsverschiedenheiten sind lediglich darüber aufgetaucht, ob die beiden Gruppen, also die beiden verschiedenen Gesamtstrafen unter sich wiederum in Realkonkurrenz treten können und deshalb aus ihnen eine, die beiden Gesamtstrafen vereinigende Gesamtstrafe gebildet werden kann. Diese Ansicht wurde früher verschiedentlich positiv vertreten.[42] In neuerer Zeit aber hat sich, insbesondere nach mehrfachen Entscheidungen des Reichsgerichts, eine herrschende Meinung dahingehend gebildet, daß eine derart weitgehende Realkonkurrenz nicht anzunehmen und mit dem Gesetz nicht vereinbar sei.[43]

40. Bay. Ob. L.G. 19, 274.
41. so auch Frank Anm. II Abs. 2 zu § 79.
42. so Olshausen Einfluß S. 68, Höpfner S. 146, Riß in D.J.Z. 3, 488.
43. Olshausen Anm. 15 zu § 79, May in G.A. 57, 344; E: 4, 53, 18, 333; Rechtspr.: 6, 292, Bay. Ob. L.G.: 3, 149; 9, 314.

III. Abschnitt.

Die prozessualen Bestimmungen der §§ 460, 462 Str.Pr.O.

§ 8.

Die Bestimmungen des § 460 Str.Pr.O.

In engstem Zusammenhang mit § 79 des Str.G.B. steht § 460 der Str.Pr.O. Er lautet: „Ist jemand durch verschiedene rechtskräftige Urteile zu Strafen verurteilt worden und sind dabei die Vorschriften über die Zuerkennung einer Gesamtstrafe (§ 79 Str. G.B.) außer Betracht geblieben, so sind die erkannten Strafen durch eine nachträgliche gerichtliche Entscheidung auf eine Gesamtstrafe zurückzuführen".

Für die Militärgerichtsbarkeit findet sich dieselbe Bestimmung in § 461 der Militärstrafgerichtsordnung. Wenn auch zur Anwendung dieser Norm nicht notwendig sämtliche vorliegenden Urteile von Militärgerichten erlassen worden sein müssen,[1] so soll hier auf § 461 der M.Str.G.O. nicht eingehender Rücksicht genommen werden, da die Militärgerichtsbarkeit heute praktisch nur noch für die Strafverfahren gegen die an Bord von in Dienst gestellten Kriegsschiffen eingeschifften Angehörigen der Reichsmarine in Frage kommt und deshalb gegenüber der allgemeinen Strafgerichtsbarkeit nur eine untergeordnete Rolle zu spielen vermag.[2]

Es sei deshalb lediglich auf § 460 Str.Pr.O. gebührend eingegangen, der wegen seiner praktischen Bedeutung auch eine nähere Würdigung verdient.

1. s. v. Koppmann, Anm. 2 zu § 461 M.Str.G.O.; Weigel Anm. 1 zu § 461 M.Str.G.O.
2. s. Reichsgesetz betr. Aufhebung der Militärgerichtsbarkeit vom 17. VIII. 20. § 1: „Die Militärgerichtsbarkeit wird, abgesehen von den Strafverfahren in Kriegszeiten und gegen die an Bord von in Dienst gestellten Kriegsschiffen eingeschifften Angehörigen der Reichsmarine, aufgehoben".

Wir haben bereits in den früheren Ausführungen festgestellt, daß das Gericht grundsätzlich die Vorschriften des § 79 anzuwenden hat, wenn dessen Voraussetzungen gegeben sind. Es kann aber trotzdem vorkommen, daß § 79 entgegen der prinzipiellen Notwendigkeit nicht angewendet worden ist. Es kann dies aus dreierlei Gründen geschehen sein. Einmal, weil der spätere Richter von der Existenz einer früheren Verurteilung keine Kenntnis hatte, weiterhin, weil er die Bestimmung des § 79 ohne triftigen Grund, also pflichtwidrig, nicht beachtet hat und endlich, weil er aus rechtlich anzuerkennenden Gründen die Bildung einer Gesamtstrafe ausdrücklich abgelehnt und sich zunächst auf die Festsetzung der Einzelstrafe für das spätere Delikt beschränkt hat.[3] Als triftigen Grund, die sofortige Bildung einer Gesamtstrafe zu verweigern, wird man immer die Tatsache gelten lassen müssen, daß das früher ergangene Urteil zur Zeit der späteren Urteilsfällung noch nicht rechtskräftig geworden ist,[4] da die sofortige Gesamtstrafenbildung leicht zu Schwierigkeiten führen könnte, wenn die zuerst ausgesprochene Strafe nachträglich wieder aufgehoben würde. Im allgemeinen darf der spätere Richter nur in den Fällen von der Anwendung des § 79 Abstand nehmen, in denen eine sofortige Entscheidung auf Grund der dem erkennenden Gerichte vorliegenden Unterlagen nicht angängig erscheint. Hier bildet dann die in § 460 Str.Pr.O. vorgesehene Nachtragsentscheidung das vom Gesetz gewollte Ersatzmittel.[5] Wie die Motive[6] sagen, bedarf es, um der Vorschrift des § 79 Str.G.B. volle Wirksamkeit zu sichern, noch einer prozessualen Regelung des Falles, wenn jemand durch verschiedene Urteile zu Strafen verurteilt worden ist, bei dem späteren Urteil aber die Vorschriften über die Zuerkennung einer Gesamtstrafe außer Betracht geblieben sind. Auch hieraus geht hervor, daß § 460 Str.Pr.O. auf der Auffassung beruht, daß im Falle sukzessiver Aburteilung konkurrierender Straffälle die Vorschriften über die Zuerkennung einer Gesamtstrafe grundsätzlich schon in dem

3. s. dazu Pinoff S. 622.
4. Löwe-Rosenberg Anm. 1b zu § 460; E: 5, 1; Rechtspr. 3, 468; 3, 592; 9, 177
5. E.: 34, 267.
6. s. Löwe-Rosenberg Anm. 1a zu § 460 Str.Pr.O.

Urteil des später erkennenden Richters zur Anwendung zu bringen seien.[7]

Die nachträgliche gerichtliche Entscheidung über die Bildung einer Gesamtstrafe hat auch dann zu erfolgen, wenn vor dem zuletzt zu erlassenden Urteil bereits mehrere unter § 79 fallende Strafen und zwar in verschiedenen Urteilen erkannt worden und die Bildung einer Gesamtstrafe, die in dem letzten dieser Urteile hätte erfolgen müssen, unterblieben war. Denn es muß auch für diesen Fall dem späteren Richter die Befugnis zugesprochen werden, diese sämtlichen bereits urteilsmäßig festgestellten Strafen in abgeminderten Beträgen der von ihm ausgesprochenen schwersten Strafe hinzuzufügen, weil andernfalls das Prinzip des § 74 Str.G.B., daß sämtliche — bis zu einer Verurteilung — begangenen strafbaren Handlungen mit einer Gesamtstrafe belegt werden sollen, nicht zur Geltung gebracht werden könnte.[8]

Von erheblicher praktischer Bedeutung ist die Tatsache, daß nach übereinstimmender Ansicht der Wissenschaft und der Rechtsprechung auch dann die Anwendung des § 460 Str.Pr.O. gesichert ist, wenn zur Zeit der in § 460 vorgesehenen Beschlußfassung eine der früher erkannten Einzelstrafen bereits vollständig verbüßt ist.[9] Denn die Vorschrift des § 460 Str.Pr.O. hat den Zweck, dem Angeklagten, zu dessen Nachteil die Bestimmungen über die Zuerkennung einer Gesamtstrafe im Urteil unbeachtet geblieben sind, diese Vergünstigung nachträglich zuzuwenden. Das mit der Entscheidung im Sinne des § 460 Str.Pr.O. befaßte Gericht muß sich deshalb auf den Standpunkt stellen, den das zuletzt erkennende Gericht bei richtiger Anwendung der §§ 74—78 und 79 Str.G.B. hätte einnehmen sollen.[10] Maßgebend ist demnach nur, ob die Einzelstrafe zur Zeit der Fällung des letzten Urteils noch nicht vollständig verbüßt, verjährt oder erlassen war, da der Angeklagte der durch § 74 vorgeschriebenen günstigeren Beurteilung auch in den Fällen nicht verlustig gehen

7. so auch das Reichsgericht: E: 2, 198; 8, 62; Rechtspr.: 5, 130; 5, 522; 8, 3.
8. Löwe-Rosenberg Anm. 1 a zu § 460 Str.Pr.O. E: 15, 29; Rechtspr. 8, 657.
9. Löwe-Rosenberg Anm. 1 a zu § 460 Str.Pr.O. Olshausen Anm. 19 Abs. 2 zu § 79 Str.G.B.
10. Bayr. Ob. L.G.: 9, 307.

soll, in denen Zufälligkeiten, die ihm nicht zum Nachteil gereichen dürfen, die gleichzeitige Aburteilung sämtlicher strafbarer Handlungen verhindert haben.[11]

Das Gesetz sagt nun sehr kurz, die Nachtragsentscheidung müsse getroffen werden, wenn die Vorschriften des § 79 Str.G.B. „außer Betracht geblieben" seien. Zweifelsfrei steht fest, daß § 460 anzuwenden ist, wenn der später erkennende Richter die frühere Verurteilung nicht gekannt hat. Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist diesem Falle gleichzuachten, wenn der spätere Richter von der früheren Verurteilung wohl Kenntnis hatte, aber die ihm bekannte Verurteilung außer Acht gelassen hat, da ja die Vergünstigung des § 460 zum Vorteile des Angeklagten geschaffen ist und ihre Anwendung nicht von der Motivierung der Außerachtlassung des § 79 Str.G.B. durch den früheren Richter abhängig gemacht werden kann.[12]

Davon streng zu unterscheiden ist die Frage, wann die Nichtanwendung des § 79 Str.G.B. gegen das Gesetz verstößt und deshalb ein Urteil wegen Rechtsirrtums mit der Revision anfachtbar ist. Das Reichsgericht hat, wie schon früher festgestellt werden konnte, in dieser Beziehung ganz bestimmte Richtlinien und Abgrenzungen geschaffen. Darnach ist ein Rechtsirrtum nicht anzunehmen, wenn zur Zeit der späteren Verurteilung das frühere Urteil noch nicht rechtskräftig war[13] oder allgemein in Fällen, in denen eine sofortige Entscheidung nach § 79 Str.G.B. auf Grund der dem erkennenden Gericht vorliegenden Unterlagen nicht angängig erscheint.[14] Dagegen ist es nicht gerechtfertigt und daher als Verletzung des Gesetzes anzusehen, wenn die Bildung der Gesamtstrafe lediglich aus Zweckmäßigkeitsrücksichtigen dem Nachtragsverfahren überlassen wird.[15] Wenn demnach in einem derart gelagerten Fall einer etwa eingelegten Revision Erfolg beschieden sein würde, so darf doch nicht übersehen werden, daß auch hier der Weg des § 460 Str.Pr.O. noch

11. O.L.G. München 10, 67; Zeiler in Z.Str.W. 33, 670 und die übrige in Löwe-Rosenberg Anm. 1 a zu § 460 Str.Pr.O. zitierte Literatur.
12. Löwe-Rosenberg Anm. 2 zu § 460 Str.Pr.O.
13. Rechtspr. 5, 522; 3, 468.
14. E: 34, 267.
15. Rechtspr. 8, 1.

offensteht, wenn etwa die Revision wegen inzwischen eingetretener Rechtskraft des späteren Urteils bereits ausgeschlossen ist.

Nach herrschender Meinung ist dagegen für eine Anwendung des § 460 Str.Pr.O. kein Raum, wenn der Richter die Anwendbarkeit des § 79 Str.G.B. ausdrücklich geprüft und vermöge eines Rechtsirrtums verneint hat.[16] Denn wenn der zuletzt erkennende Richter die von ihm abzuurteilenden Straftaten auf ihr Verhältnis zu der oder den vorher abgeurteilten Delikten geprüft, aber infolge unrichtiger Anwendung materiellrechtlicher Vorschriften es verneint hat, daß die Voraussetzungen des § 79 Str.G.B. vorliegen und deshalb von der Anwendung der §§ 74—78 Str.G.B. abgesehen hat, so kann nicht die Rede davon sein, daß in diesem Falle die Vorschriften des § 79 „außer Betracht geblieben" seien. Gegen ein solches Urteil können nur die ordentlichen Rechtsmittel helfen. Ist das Urteil aber bereits rechtskräftig geworden, so ist auch für eine Anwendung des § 460 Str.Pr.O. kein Platz mehr.[17]

Wir können aus den obigen Ausführungen ersehen, daß ein Verurteilter beim Vorliegen sämtlicher Voraussetzungen einen Anspruch darauf hat, der Vergünstigung des § 79 Str.G.B. teilhaftig zu werden. Den gleichen Schluß kann man aus der Fassung des § 460 Str.Pr.O. ziehen, da er sagt, die erkannten Strafen „sind" auf eine Gesamtstrafe zurückzuführen. Daraus ersehen wir nämlich, daß es sich hier unbedingt um eine „Mußvorschrift" handelt. Die weitere Folge davon ist, daß das Verfahren nach § 460 Str.Pr.O. unabhängig von etwaigen Anträgen des Verurteilten von Amts wegen einzuleiten und durchzuführen ist.[18]

In § 460 Str.Pr.O. ist nun bestimmt, daß jemand durch verschiedene rechtskräftige „Urteile" verurteilt worden sein müsse. Wollte man sich genau an den Wortlaut des Gesetzes halten, so könnte man behaupten, § 460 Str.Pr.O. könne nicht angewendet werden, wenn die Strafen durch verschiedene vollstreckbare Strafbefehle ausgesprochen worden seien. Das kann aber nicht der Zweck

16. so schon die Motive, zitiert in Löwe-Rosenberg Anm. 2 zu § 460 Str.Pr.O.
17. May in G.A. 57, 353; Löwe-Rosenberg Anm. 2 zu § 460 Str.Pr.O. und die übrige dort zitierte Literatur.
18. Löwe-Rosenberg Anm. 4 zu § 460 Str. Pr.O. E: 5, 1; Rechtspr. 3, 468.

des Gesetzes sein, da nach § 410 Str.Pr.O. ein Strafbefehl, gegen den nicht rechtzeitig Einspruch erhoben worden ist, die Wirkung eines rechtskräftigen Urteils erlangt. Wenn nun auch, worauf hier nicht näher einzugehen ist, ein derartiger vollstreckbarer Strafbefehl nicht in jeder Beziehung einem rechtskräftigen Urteil gleichzustellen ist, so besteht doch die wesentliche Tatsache, daß eine durch einen vollstreckbaren Strafbefehl erkannte Strafe sich von einer durch rechtskräftiges Urteil ausgesprochenen Strafe nicht unterscheidet.[19]

Bei der Berechnung der Gesamtstrafe im Wege des Verfahrens nach § 460 Str.Pr.O. haben im wesentlichen die gleichen Grundsätze zur Anwendung zu kommen, die wir bereits in unseren Ausführungen zu § 79 Str.G.B. behandelt haben. Es kann deshalb auf diese früheren Feststellungen Bezug genommen werden.[20]

19. s. dazu Reimar in J.W. 40. Jahrg. 1911 S. 72; Löwe-Rosenberg Anm. 8 zu § 460 Str.Pr.O.
20. s. dazu a. Löwe-Rosenberg Anm. 6 zu § 460 Str.-Pr.O.

§ 9.

Die Bestimmungen des § 462 Str.Pr.O.

Die Art der Durchführung des Verfahrens nach § 460 Str.Pr.O. und die Zuständigkeit des dazu berufenen Gerichts sind in § 462 Str.Pr.O. geregelt.

In Absatz 1 wird der Satz aufgestellt, daß „die bei der Strafvollstreckung notwendig werdenden Entscheidungen (§§ 458—461) von dem Gericht erster Instanz ohne mündliche Verhandlung erlassen werden". Dies gilt also auch für die nach § 460 Str.Pr.O. zu bildende Gesamtstrafe. Unter dem Gericht erster Instanz ist je nach der Verschiedenheit des Falles der Amtsrichter, die Strafkammer des Landgerichts an Stelle des Schwurgerichts[1], das Oberlandesgericht oder das Reichsgericht zu verstehen. Da die Entscheidungen nach § 460 ohne mündliche Verhandlung erlassen werden, so tritt in Anwendung des § 30 Absatz 2 des Gerichtsverfassungsgesetzes der Amtsrichter an die Stelle des Schöffengerichts.

Die Entscheidung selbst ergeht in Form eines Beschlusses, da das Gesetz selbst anordnet, daß eine mündliche Verhandlung nicht vorauszugehen hat. Damit ist jedoch nicht gesagt, daß den Prozeßbeteiligten das rechtliche Gehör genommen sei, im Gegenteil, § 462 Absatz 2 bestimmt sogar, daß vor der Entscheidung der Staatsanwaltschaft und dem Verurteilten Gelegenheit zu geben sei, Anträge zu stellen und zu begründen. Dieses Aeußerungsrecht wird bei der Staatsanwaltschaft und dem Verurteilten teilweise verschieden gehandhabt. In erster Linie hat der Staatsanwalt einen schriftlichen Antrag zu stellen.[2] Er kann jedoch auch verlangen, vor der Entscheidung noch einmal mündlich gehört zu werden.[3] Dem Verurteilten wird in der Regel Gelegenheit zur Antragsstellung in der Weise gegeben, daß er unter Bestimmung einer Frist zur Abgabe einer Erklärung

1. s. Löwe-Rosenberg Anm. 4 a zu § 82 G.V.G.
2. s. Löwe-Rosenberg Anm. 5 zu § 462 Str.Pr.O.
3. Stenglein Anm. 5 zu § 494 (jetzt 462) Str.Pr.O.

aufgefordert wird. Diese Aeußerung kann von dem Verurteilten schriftlich oder zu Protokoll des Urkundsbeamten erfolgen. Der nicht auf freiem Fuße befindliche Verurteilte wird seine Anträge dem Urkundsbeamten gegenüber zu stellen haben.[4] Jedenfalls hat der Verurteilte keinen Anspruch, vor der Entscheidung vom Richter selbst gehört zu werden, da eine mündliche Vernehmung anderer Prozeßbeteiligter als der Staatsanwaltschaft in einer beratenden Sitzung, die einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung vorausgeht, mit der einen Ausnahme des § 122 Absatz 2 Str.Pr.O. grundsätzlich nicht stattfindet.[5]

Eine Spezialregelung der Zuständigkeit für die Entscheidungen nach § 460 Str.Pr.O. bringt § 462 Abs. 3. Da wir uns in den früheren Ausführungen eingehend mit dem Verhältnis der verschiedenen Einzelstrafen, insbesondere der Bedeutung der verschiedenen Strafarten beschäftigt haben, erscheint dieser Absatz 3 des § 462 Str.Pr.O. ohne weiteres verständlich, so daß wir uns hier mit der Wiedergabe des Wortlautes begnügen können. Er lautet: „Kommt es auf die Festsetzung einer Gesamtstrafe an (§ 460), und waren die verschiedenen hierdurch abzuändernden Urteile von verschiedenen Gerichten erlassen, so steht die Entscheidung dem Gerichte zu, welches die schwerste Strafart oder bei Strafen gleicher Art die höchste Strafe erkannt hat, falls hiernach aber mehrere Gerichte zuständig sein würden, dem, dessen Urteil zuletzt ergangen ist. War das hiernach maßgebende Urteil von einem Gerichte höherer Jnstanz erlassen, so setzt das Gericht erster Instanz, und war eines der Strafurteile von dem Reichsgericht oder einem Oberlandesgericht in erster Instanz erlassen, das Reichsgericht oder das Oberlandesgericht die Gesamtstrafe fest."

Nach § 462 Absatz 4 Str.Pr.O. findet gegen eine Entscheidung nach § 460 Str.Pr.O. die sofortige Beschwerde statt, jedoch nur, soweit sie nicht vom Reichsgericht oder einem Oberlandesgericht erlassen ist. Nach herrschender Meinung ist die „sofortige" Beschwerde aber nur für Entscheidungen notwendig, die eine mate-

4. Löwe-Rosenberg Anm. 5 zu § 462.
5. s. Löwe-Rosenberg Anm. 2d zu § 33 Str.Pr.O.
6. s. dazu § 311 Str.Pr.O.

rielle Erledigung der beantragten Festsetzung einer Gesamtstrafe enthalten, und nicht für den Fall, daß die Festsetzung wegen Unzuständigkeit abgelehnt wird. Hier wäre auch die „einfache" Beschwerde zulässig.[7]

7. Löwe-Rosenberg Anm. 9 zu § 462 Str.Pr.O. E.: 32, 234; J.W. Jahrg. 29, 1900 S. 122.

Schlußwort.

Insbesondere: Regelung der nachträglichen Gesamtstrafenbildung in den neuesten Entwürfen.

Im Verlaufe unserer Darstellung konnten wir beobachten, daß die Bestimmungen des geltenden Rechts über die nachträgliche Bildung einer Gesamtstrafe nicht den ungeteilten Beifall der Wissenschaft gefunden haben. Insbesondere mußte die scharfe Gegnerschafts Franks gegen § 79 Str.G.B. auffallen, wenigstens in dem Punkt, in dem er die Berechtigung der Bestimmung bekämpft, daß nur solche Einzelstrafen zur Gesamtstrafenbildung herangezogen werden können, die zur Zeit des späteren Urteils noch nicht verbüßt, verjährt oder erlassen sind.

Wenn nun die Berechtigung einer geltenden Gesetzesnorm angegriffen odeer verneint wird, so ergibt sich als Folgerung daraus das Bestreben, die geltende Bestimmung bei einer in Aussicht stehenden Gesetzesreform durch eine bessere und vollkommenere zu ersetzeen.

Es ist bekannt, daß seit langen Jahren an der Reform des Strafrechts gearbeitet wird und zu diesem Zweck eine Reihe von Entwürfen für ein neues Strafgesetzbuch geschaffen wurden. Die Instanzen, die sich mit der Ausarbeitung dieser Entwürfe befassen, stützen sich selbstverständlich auf die Erfahrungen, die mit dem alten, abzuändernden Gesetz gemacht wurden und wägen sorgfältigst die Vor- und Nachteile ab, die eine etwaige Aenderung mit sich bringen könnte. Wenn man deshalb einen maßgebenden Anhaltspunkt dafür gewinnen möchte, ob tatsächlich der rechtliche Inhalt des § 79 Str.G.B. einer Aenderung bedürfe, und wenn man sich diese Einsicht nicht mit Rücksicht auf einseitige, kleinliche Interessen, sondern vom Gesichtspunkte der Notwendigkeiten der wirksamen Durchführung der Strafrechtspflege aus verschaffen will, so wird man zweckmäßig in den neuesten Entwürfen Umschau halten. Dort wird man dann finden, ob auf Grund der Erfahrungen

mit dem alten Gesetz an dessen Stelle etwas Besseres gesetzt werden konnte oder ob das geltende Recht mangels einer glücklicheren Lösung als das wenigstens relativ bessere Gesetz auch in den Entwurf mitübernommen worden ist.

An dieser Stelle sollen nur die beiden letzten Entwürfe Berücksichtigung finden, deren offizielle Titel „Reichsratsvorlage" vom Jahre 1925 und „Reichstagsvorlage" von 1927 lauten.

Geändert werden allerdings die Vorschriften des § 74 des geltenden Strafgesetzbuchs in § 64 der Reichsratsvorlage und § 66 der Reichstagsvorlage.[1]

In diesem Zusammenhange interessiert aber lediglich die Regelung der nachträglichen Bildung einer Gesamtstrafe, also die Bestimmungen, die dem § 79 des geltenden Strafgesetzbuchs entsprechen. In Betracht kommen dafür § 66 der Reichsratsvorlage und § 68 der Reichstagsvorlage.

Ersterer sagt: „Die Vorschriften der §§ 63 bis 65[2] gelten auch dann, wenn jemand vor der Verbüßung, der Verjährung oder dem Erlaß einer Strafe wegen einer strafbaren Handlung verurteilt wird, die er vor Verkündung des früheren Urteils begangen hat."

Letzterer lautet: „Die Vorschriften der §§ 65 bis 67[2] gelten auch dann, wenn jemand vor der Verbüßung, der Verjährung oder dem Erlaß einer Strafe wegen einer anderen Tat verurteilt wird, die nach der Zeit ihrer Begehung schon in dem früheren Verfahren hätte abgeurteilt werden können."

Diese beiden Entwurfbestimmungen bedeuten redaktionell, also rein äußerlich, ganz zweifellos einen erheblichen Fortschritt gegenüber dem § 79 des geltenden Strafgesetzbuchs. Aber inhaltlich haben wir darin eine glatte Uebernahme des § 79 Str.G.B. zu erblicken.

Bezeichnend ist auch, daß selbst das so heftig angegriffene Erfordernis, daß wenigstens ein Teil der früher erkannten Strafe noch nicht verbüßt sein dürfe, in den Entwurf mitübernommen wurde. Verfasser dieser Darstellung hat sich schon früher auf den Standpunkt gestellt, daß den Bedenken gegen § 79 Str.G.B. bei

1. s. Schäfer S. 48.
2. Das sind die Bestimmungen über die Realkonkurrenz im engeren Sinn.

weitem nicht die Bedeutung beigemessen werden sollte, wie dies von seinen Gegnern für notwendig gehalten wird. Und gerade die neuesten Strafgesetzentwürfe bedeuten wiederum eine Bestätigung und Bekräftigung der Ansicht, daß die Bestimmungen des § 79 des geltenden Strafgesetzbuchs in sich gerechtfertigt sind oder mindestens durch etwas Besseres nicht ersetzt zu werden vermögen.